

WILSON ENRIQUE GARCÍA VALDERRAMA

**EL INCIDENTE DE DESACATO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2018

**EL INCIDENTE DE DESACATO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

WILSON ENRIQUE GARCÍA VALDERRAMA

Director de tesis

DR. CARLOS ALBERTO LÓPEZ CADENA

Directora del Departamento de Derecho Constitucional

DRA. MAGDALENA CORREA HENAO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DERECHO CONSTITUCIONAL

BOGOTÁ D.C.

2018

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

RECTOR: DR. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

SECRETARIA GENERAL: DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO:
DE CONSTITUCIONAL DRA. MAGDALENA CORREA HENAO

DIRECTOR DE TESIS: DR. CARLOS ALBERTO LÓPEZ CADENA

PRESIDENTE DE TESIS: DR. CARLOS ALBERTO LÓPEZ CADENA

EXAMINADORES:
DR. NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO
DR. GERMÁN LOZANO VILLEGAS

A mi familia por su apoyo incondicional.

Con su profundo amor me acompañaron durante este proceso.

AGRADECIMIENTOS

A mi hogar de estudios la Universidad Externado de Colombia. Al Doctor Carlos López por su guía y orientación, con su apoyo conseguí elaborar este trabajo.

A todas las personas que se encuentran en situación de apremio y dificultades por la violación persistente de sus derechos fundamentales.

A mi familia por su compañía y motivación. Quienes me han enseñado el amor y respeto por los demás. Todos tienen por igual el derecho a ser felices

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.	8
CAPÍTULO I. INCIDENTE DE DESACATO.	11
1.1 CONCEPTO.	11
1.2 NATURALEZA.	14
1.3 ELEMENTOS.	16
A) Objetivo.	16
B) Subjetivo.	18
1.4 OBJETO.	19
1) Idoneidad De La Medida Correctiva.	21
2) Adecuación Al Principio <i>Non Bis In Idem</i>	23
3) Carácter Manifiesto E Inequívoco Del Desacato.	27
1.5 COMPETENCIA.	27
1.6 LEGITIMACIÓN POR ACTIVA.	29
1.7 PROCESO.	30
1.7.1. Tramite Especial.	30
1.7.2. Etapas.	34
1.7.3. Término.	36
1.8 INEJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE ARRESTO Y MULTA.	38
CAPÍTULO II. EFICIENCIA E IDONEIDAD DEL INCIDENTE DE DESACATO.	39
2.1 EFICIENCIA DEL INCIDENTE DE DESACATO.	39
2.1.1. Análisis De Eficiencia Del Incidente De Desacato.	44
2.1.2. Idoneidad Del Incidente De Desacato.	61
a. Recursos Coercitivos: Idoneidad y Suficiencia.	64
b. Procedimiento incidental. Idoneidad y aptitud.	71

<i>CAPÍTULO III. EL TRAMITE DE CUMPLIMIENTO.</i>	72
3.1 CONCEPTO.....	73
3.2 FACULTADES DEL JUEZ DENTRO DEL TRAMITE DE CUMPLIMIENTO.....	75
3.2.1 Requerimiento al superior.....	75
3.2.2 Disponer de las medidas necesarias.	76
3.2.2.1 Medidas Cautelares.....	77
3.2.2.2 Modificación Excepcional De La Orden De Amparo.....	80
3.3 DIFERENCIAS ENTRE EL INCIDENTE DE DESACATO Y EL TRÁMITE DE CUMPLIMIENTO.....	81
I. OBLIGATORIEDAD.	81
II. RESPONSABILIDAD.	82
III. APERTURA.	82
3.3 COEXISTENCIA ENTRE EL INCIDENTE DE DESACATO Y TRAMITE DE CUMPLIMIENTO.	83
 <i>CAPÍTULO IV. CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE TUTELA EN LA TEORÍA DE LOS PODERES JURÍDICOS DEL ESTADO.</i>	 84
4.1 EL PODER Y EL ESTADO.....	85
4.2 TEORÍA DE LOS PODERES JURÍDICOS.....	88
i) PODERES NEGATIVOS O DISCIPLINARIOS.	90
ii) PODERES POSITIVOS O PRODUCTIVOS.	91
4.3 CARGA DEL ESTADO EN EL USO DE LOS PODERES JURÍDICOS.....	92
4.4 EL JUEZ EN EJERCICIO DE LOS PODERES JURÍDICOS.....	93
4.5 CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE AMPARO EN LAS COMPETENCIAS JURIDISCCIONALES DEL JUEZ.	94
4.6 LOS PODERES PRUDUCTIVOS DEL JUEZ Y EL CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE AMPARO.	97
 <i>CAPÍTULO V. CONCLUSIONES.</i>	 101
<i>REFERENCIAS.</i>	105

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales son objeto de protección de los sistemas democráticos y constitucionales modernos. Esto es así, porque sin ellos no hay democracia y sin democracia no hay paz (Bobbio N, 1991, pág. 14). El interés superior de preservar la vigencia de los derechos fundamentales ha obligado al ordenamiento jurídico crear instrumentos procesales y jurídicos para brindar un trato diferencial y preferente en cuanto a su protección. Justamente, el artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela a favor de quien reclama la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

La garantía de los derechos fundamentales no trata solo de una decisión formal de amparo, sino del restablecimiento efectivo del derecho o el cese de su amenaza. De no ser así, la defensa de los derechos fundamentales resulta inocua y carente de sentido. Por esta razón, se han concedido amplias atribuciones al juez para concretar la realización de los derechos fundamentales, entre ellas, contempló el *incidente de desacato* de naturaleza disciplinaria para garantizar el cumplimiento de la orden de tutela mediante la persuasión -dispuesto en el decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela” (art.52)-. Lo mismo sucede con el *trámite de cumplimiento* -decreto 2591 de 1991 (art.27)-, solo que esta figura autoriza al juez para adoptar todas las medidas convenientes y necesarias para lograr el restablecimiento del derecho fundamental.

La popularidad de la acción de tutela extendió la preocupación por su materialización, especialmente por el desinterés habitual del responsable de la orden y la falta de compromiso del operador judicial para garantizar el restablecimiento efectivo del derecho amparado. Pues la

mecánica repetitiva e inflexible ofrecida por la ritualidad procesal ha derivado en la dificultad de restablecer el goce material de los derechos tutelados.

De otro lado, el uso corriente, frecuente y generalizado del incidente de desacato crea la cultura de hacer cumplir la orden de tutela mediante la amenaza de causar un mal. Tan grave es la situación que el juez se encuentra a la espera de la solicitud de apertura de un incidente de desacato para entrar a estudiar si hubo cumplimiento. La promoción del incidente de desacato solo se adelanta por solicitud del interesado, quien aspira obtener el restablecimiento del derecho mediante la prestación del infractor.

La dificultad esencial del incidente de desacato radica, sobre todo, en la falta de eficiencia e idoneidad para restablecer el goce efectivo del derecho tutelado. Particularmente en aquellos casos donde el infractor insiste en su desobediencia. Tanto peor, si el accionado se encuentra en un estado generalizado de incumplimiento que supera su capacidad de respuesta. Allí el incidente de desacato se convierte en un instrumento de simple castigo dejando de lado el objetivo orientador de restablecimiento del derecho.

En ese orden, se formula la pregunta de investigación ¿Es el incidente de desacato por sí mismo un mecanismo eficiente e idóneo para garantizar los derechos fundamentales? La hipótesis que se defiende es: El incidente de desacato es un instrumento ineficiente y desprovisto de idoneidad para obtener el restablecimiento del derecho vulnerado. Esto se explica por la prolongación del agravio al titular del derecho y la incertidumbre que existe sobre el restablecimiento efectivo del derecho.

Con el fin de demostrar la hipótesis anterior, resulta pertinente adentrarse primero en el concepto, naturaleza, objeto, elementos constitutivos y trámite del incidente de desacato, tal y como se explica en el §capítulo I.

Dado inicio a este análisis, se estudia en el §capítulo II dos nociones relativas al análisis económico del derecho (eficiencia-idoneidad) aplicadas al incidente de desacato. Por un lado, la distribución de costo-beneficio y, por otro, la aptitud de los medios empleados para lograr el objetivo propuesto. A partir de allí se expone la inadecuada distribución de cargas entre las partes y el incremento del agravio para la víctima en contraste con la maximización de valor para el infractor, sumado a la incapacidad del incidente de desacato para garantizar el restablecimiento del derecho tutelado.

Para hacer frente a las deficiencias del incidente de desacato, se propone en el actual trabajo de investigación recurrir al *trámite de cumplimiento* como instrumento y obligación primordial del juez de tutela para garantizar el goce efectivo del derecho amparado. Es por ello que en el §capítulo III se realiza un acercamiento teórico sobre esta figura. Allí se explican los motivos que esta postura como mejor alternativa para asegurar el restablecimiento del derecho.

Por lo anterior, se expresa la necesidad de reconsiderar la importancia del *trámite de cumplimiento*, bajo la máxima de garantía inmediata de los derechos fundamentales. Es importante percibir el protagonismo del juez y su competencia para conocer todo aquello relacionado con el restablecimiento del derecho y cese de la amenaza. En ese sentido, debe existir una visión profunda de los poderes jurídicos y jurisdiccionales del juez de tutela. Quien en ejercicio de una actividad dinámica y creativa debe asegurar la protección efectiva de los derechos tutelados. En esencia, el juez siempre debe ir más allá de los procedimientos, la

ritualidad y retribución, con el fin de asumir un papel activo, flexible e inventivo en sus decisiones lo que, en últimas, es el ejercicio de los verdaderos *poderes productivos* del operador judicial. Esta última formulación se explica en el §*capítulo IV*.

CAPÍTULO I

INCIDENTE DE DESACATO

Con el propósito de abordar la hipótesis planteada en el siguiente trabajo de investigación, es necesario adentrarse en el concepto, elementos, naturaleza, objeto y tramite del incidente de desacato.

1.1. CONCEPTO

El Decreto 2591 de 1991 amparó la efectividad del fallo de tutela con dos instrumentos jurídicos, por un lado, i) el *Incidente de Desacato* y; por otro, ii) el *Tramite de Cumplimiento*. El primero, alude a un trámite incidental de carácter disciplinario promovido por el accionante con la finalidad de procurar mediante sanciones el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el amparo de tutela (Corte Constitucional, sent. T-171, 2009). El segundo, resalta la facultad del juez para encausar todos los mecanismos necesarios para garantizar materialmente el derecho tutelado (Corte Constitucional, sent. SU-1158, 2003). De lo anterior, se observa que el incidente de desacato es un instrumento jurídico diferente al trámite de cumplimiento, sin embargo, ambas figuras tienen por objeto la materialización del fallo de tutela, asegurando el cumplimiento de las obligaciones a cargo del accionado en beneficio del accionante (Corte Constitucional, sent. T-744, 2013).

El incidente de desacato tiene su fundamento legal en el Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, allí se describe la medida sancionatoria en caso de verificar el incumplimiento del responsable de la orden:

“Artículo 52. Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.”

El juez cuenta con facultades disciplinarias para decretar medidas correctivas y sancionatoria en contra de quien incumple el fallo de tutela, previa apertura de un trámite incidental promovido por el accionante (C.S de la Judicatura, sent. Exp.1262-05, 2009). El tramite incidental emplea el castigo para persuadir el cumplimiento del fallo y desincentivar la desobediencia del responsable de la orden de amparo. Allí, la finalidad del incidente va más allá de la sola sanción dirigida al accionado, pues en sí mismo no es un instrumento de castigo sino, por el contrario, es un dispositivo de garantía de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, sent. T-226, 2016). Bajo aquella orientación, la sanción es considerada como un costo mayor por desatender la orden, es la advertencia de sancionar en busca de persuadir al infractor de acatar la orden de amparo (Londoño Toro & otros, 2007).

En vista de la falta de definición legal sobre el incidente de desacato, se acude a la jurisprudencia y la doctrina. Verbigracia, la Corte Constitucional en Sentencia T-171 definió el desacato como un mecanismo de creación legal, que procede a petición de la parte interesada, a fin de que el juez constitucional en ejercicio de sus potestades disciplinarias sancione con arresto o multa a

quien con responsabilidad subjetiva desobedezca la orden proferida. En cuanto a la doctrina, Quinches (2015) puntualiza *“el desacato es una medida judicial, de carácter sancionatorio, que se expide a petición de parte y que se somete a la cuerda procesal de los incidentes, dispuesta en el Código de Procedimiento Civil (actualmente Código General del Proceso)”* (p.125). Por otra parte, López (2009) elabora concepto genérico *“El incidente de desacato es un instrumento jurídico con el que cuentan todas las personas a quienes se les ha protegido un derecho fundamental por vía de tutela. Su fin último es presionar el cumplimiento inmediato de la orden impartida por el juez, con la amenaza de una sanción jurídica...”*. (p.7). A partir de estas definiciones y las características propias del incidente de desacato, se precisa el carácter de instrumentalidad del incidente de desacato dispuesto a favor del accionante para restablecer el goce efectivo de los derechos vulnerados.

El interés de dar apertura al trámite incidental radica en cabeza del accionante, quien tiene especial preocupación por la realización de sus derechos fundamentales. Además, por tratarse de un trámite que culmina con la imposición de una sanción, el juez de tutela no puede decretar de oficio su apertura. De acuerdo con la norma, el desacato surge en la escena procesal a petición de la parte interesada en vista de la responsabilidad subjetiva del obligado (Corte Constitucional, sent. T-512, 2011). En suma, el incidente de desacato es un instrumento jurídico empleado por el titular de los derechos agraviados para que, mediante la amenaza de causar un mal, el responsable sea persuadido de cesar la amenaza o vulneración (Corte Constitucional, sent. T-171, 2009).

1.2.NATURALEZA

La Naturaleza del Incidente de Desacato es disciplinaria porque se encuentra sujeta a la comprobación de una conducta negligente del infractor. La inobservancia del fallo de tutela es sancionable en cuanto sea injustificada, se condena la conducta caprichosa de quien, teniendo la facultad de cumplir desobedece la orden de tutela (Corte Constitucional, sent. T-171, 2009). El juez debe indagar las circunstancias originarias del incumplimiento y determinar si estas son o no imputables al responsable de la orden. De conformidad con la Corte Constitucional hay que demostrar una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado, lo infracción del fallo de tutela debe ser producto de una conducta activa o pasiva de carácter culposa o dolosa del responsable de la orden (Corte Constitucional, sent. T-271, 2015). De acuerdo con esto, el incidente de desacato manifiesta un régimen de responsabilidad subjetiva que exige la práctica de un debate probatorio sobre la diligencia del accionado. Si el accionado demuestra la existencia de circunstancias ajenas a su voluntad que dan origen a la vulneración de los derechos amparados, no hay lugar a sanción por ausencia de responsabilidad subjetiva (Tribunal Administrativo de Cauca, sent., exp. 20100010001, 2012).

El juicio de responsabilidad es fundamental para identificar si es o no exigible la realización de un mandato. Quien tenga dominio y capacidad para obedecer una orden judicial debe hacerlo, de lo contrario su conducta es objeto de reproche y el juez investido de facultades disciplinarias tiene la obligación de estudiar cuidadosamente los motivos que dieron inicio al incumplimiento, individualizando contra quien se endilga la conducta antijurídica (CSJ, Sala de Casación Civil, exp. 2016-00110-0, 2016).

El escrito de solicitud de apertura del incidente de desacato debe relacionar el incumplimiento y conducta injusta del accionado y, a su vez, dar cuenta de la vigencia de las circunstancias ponderadas en el fallo de tutela (Corte Constitucional, sent. T-068, 1997). Esto debe ser así porque los hechos relacionados durante el proceso de tutela fueron el origen de la afectación y erradicarlos conduce al cese de la vulneración o amenaza. De allí que, la solicitud no pueda referirse a eventos distintos a los examinados en instancia de tutela, debe existir correspondencia entre el incidente y el fallo, pues a nadie se le puede indilgar desacato por el incumplimiento de condiciones diferentes a las que motivaron la decisión judicial de amparo.

De otra parte, existen eventos donde el responsable atiende la orden de tutela, pero circunstancias sobrevinientes podrían dejar sin efecto su conducta, vulnerando o amenazando nuevamente los derechos tutelados. Allí hay una situación con hechos recientes que deben ser expuestos en instancia de tutela y no en un trámite incidental. Para explicar lo anterior, se expone el caso de los maestros provisionales de la escuela de Yacuanquer (Nariño-Colombia), quienes fueron reubicados a sus escuelas de origen por resolución administrativa de la alcaldía del municipio. En instancia de tutela la Jueza promiscua de Yacuanquer amparo los derechos trabajo en condiciones dignas, justas e igualitarias a favor de los maestros y ordeno su reincorporación a la escala de Yacuanquer. Luego, el alcalde nombra a nuevos docentes con el propósito de ocupar los cargos de los maestros en provisionalidad y devolverlos a sus instituciones educativas. La juez promiscua Yacuanquer decretó el desacato de la orden de tutela sancionando al alcalde de la municipalidad. La decisión fue impugnada y revocada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el cual estimó desajustada la orden de desacato por tratarse de hechos nuevos a los examinados en instancia de tutela, completamente diferentes a los que dieron origen a la orden de amparo. Finalmente, bajo una decisión cuestionable de la Corte Constitucional se revisó

y se revocó la decisión del tribunal argumentando de inexistencia de hechos nuevos y diferentes (Corte Constitucional, sent. T-068, 1997). En este caso se identifica el advenimiento de circunstancias nuevas y diferentes que integran la improcedencia del incidente de desacato, pues no fueron objeto de pronunciamiento por el juez de tutela.

Retomando, la naturaleza disciplinaria del desacato se refleja en el juicio valorativo que devela el ánimo desobediente del responsable de la orden, es decir, la manifestación inequívoca expresa o tácita de alejarse de la orden de tutela. Es tal la relevancia del carácter subjetivo de responsabilidad que si el infractor desiste de su rebeldía y adecua su conducta, el juez decreta la terminación del proceso incidental sin que para ello se dicte sanción. Solo hay desacato cuando la voluntad de apartarse del fallo persiste (C.S.J, Sala de Casación Civil y Agraria, sent. exp. 2016- 00870-02, 2017). La naturaleza del incidente de desacato es esencialmente disciplinaria y desarrolla un examen responsabilidad subjetiva (Corte Constitucional, sent. T-253, 2014).

1.3.ELEMENTOS

Existen dos elementos necesarios para integrar el incidente de desacato sin los cuales no es posible promover trámite incidental, estos son: *objetivo* y *subjetivo*. Con fundamento en ellos el operador judicial adelanta el procedimiento para indagar por el incumplimiento y responsabilidad del incidentado.

i) Objetivo

Consiste en la comprobación de los eventos o conductas que contravienen la orden de amparo. Es la inexecución material del fallo de tutela, la desatención total o parcial de lo dispuesto por el juez para restablecer el derecho agraviado (Tribunal

Administrativo de Cauca, sent, exp. 2010-00100-01, 2012). Aquí no interesa la motivación subjetiva del infractor y facultades personales para atender la orden de amparo, especialmente porque es un análisis objetivo ajeno de cualquier consideración personal. Es el estudio sobre la realización o no de la decisión judicial (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Primera, sent, exp.2015-00411-01, 2016).

Para considerar el incumplimiento como un hecho objetivo es necesario identificar el término dispuesto para obedecer las medidas de restablecimiento del derecho relacionadas en la orden de amparo. El término es el punto de partida para afirmar si hubo o no obediencia, existe incumplimiento cuando el responsable no atiende la orden de amparo en el periodo de tiempo descrito por el juez en el fallo (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sent., exp. 2013-01278, 2009). Sobre lo particular, el accionado cuenta con un margen de 48 horas para dar cumplimiento, transcurrido ese periodo sin que el responsable atienda la orden de amparo, se entiende que hubo inejecución material del fallo de tutela. Aquel término puede ser inferior, pero nunca superior, el numeral 5 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 estipula: *“El plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que en ningún caso podrá exceder de 48 horas”*. El juez debe respetar un tope máximo de cuarenta y ocho horas, de no ser así, es una decisión *contra legem*. Pues dada la urgencia de restablecer o cesar la amenaza de los derechos fundamental, el operador judicial no puede postergar la obligación del accionado de dar cumplimiento a la orden de amparo.

ii) Subjetivo

Aquí se examina la conducta desobediente del responsable, consiste en calificar la conducta como adecuada o inadecuada y si está justificada. Se reprocha la facultad y libertad del responsable para ajustar o no su comportamiento conforme a la orden de amparo (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Primera, Sent. Exp 2015-00540-03, 2016). Quien dispone de cuidado razonable para atender la orden de tutela es ajeno a cualquier circunstancia que dé con posterioridad la continuidad de la afectación, pues si obra con rectitud no es destinatario de corrección o sanción alguna (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Quinta, sent. Consulta desacato, exp. 199-02560-01, 2014).

En definitiva, el incumplimiento debe ser atribuido a la actitud negligente del accionado. Allí, el incumplimiento injustificado de la orden de amparo es fundamento de la medida sancionatoria en los términos dispuestos en el decreto 2591 de 1991 (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Quinta, auto N° 2015-00759-02, 2016). Si el responsable acredita que el origen del incumplimiento fue por causas y eventos ajenos a su voluntad se libera de responsabilidad (Corte Constitucional, Sent. C-367, 2014).

La inobservancia de la tutela por parte de la persona o entidad responsable no es óbice para fundamentar la petición de apertura del incidente de desacato. Hay que vincular también el elemento demostrativo de la negligencia. Enlazar el elemento objetivo y subjetivo es requisito *sine qua non* para solicitar la apertura del trámite (Tribunal Administrativo de Cauca., sent, exp. 2010-00100-01, 2012).

1.4.OBJETO

El proceso de tutela solo culmina cuando se ha garantizado el derecho fundamental agraviado (Corte Constitucional, sent. T-399, 2003). Para el efecto, el juez de tutela conserva competencia para conocer todo lo relacionado con el cumplimiento del fallo de tutela, cuenta con plenos poderes para adelantar la gestión necesaria con el fin de obligar el cumplimiento de la orden de amparo (Corte Constitucional, sent. T-489, 2013). Bajo el camino incidental, el juez solo tiene competencia para adelantar el trámite de desacato cuando existe solicitud de apertura por el accionante. Esto es así por la naturaleza disciplinaria del instrumento jurídico (C.S.J, Sala de Casación Penal, sent. N° T89390, 2016).

En sustancia, el objeto del incidente de desacato es procurar el cumplimiento de la orden de tutela, empleando la amenaza de causar un mal mayor con el fin de garantizar la materialización de la orden de amparo. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter restringido del objeto del incidente de desacato, ya que el único propósito de éste es lograr la realización de lo dispuesto en el fallo de tutela (Corte Constitucional, sent. T-459, 2003).

El desacato en ningún caso tendrá como fin la punibilidad de la conducta antijurídica, dado que es una medida de carácter disciplinario que busca obediencia a través de la imposición de sanciones. El juez propende por la vigencia del ordenamiento jurídico mediante la disciplina de los funcionarios o particulares llamados a cumplir un mandato constitucional, legal o judicial (Corte Constitucional, sent. C-092, 1997). Prima el derecho fundamental de quien reclama su protección sobre cualquier motivación de retribución o castigo. Por consiguiente, el trámite de desacato se vale de la intimidación para disuadir al responsable, más no de retribuir la conducta

del infractor a través de una sanción pecuniaria o de arresto (Corte Constitucional, sent. C-243, 1996).

Todo esto confirma el vínculo entre la naturaleza del desacato y su objeto, donde resulta que las sanciones contempladas en el Decreto 2591 están destinadas a evitar comportamientos irregulares. El juez, máxima autoridad y director del proceso, impone sanciones de naturaleza correccional para garantizar el cumplimiento de los deberes esenciales a cargo del accionado (Corte Constitucional, sent. C-218, 1996). El camino incidental es corregir por vía de desacato el comportamiento del infractor mediante la coerción e intimidación, con el propósito de asegurar la vigencia de los derechos amparados. Por ello, la sanción de multa y arresto son de índole excepcional y su concreción son *última ratio*. (Corte Constitucional, sent. C-092, 1997).

El desacato reviste una sanción estrictamente correccional y no punitiva. La primera busca corregir el comportamiento y la debida atención de los deberes jurídico, como objetivo primordial de la administración. Mientras que la segunda, es de espíritu estrictamente penal. Puntualmente la Corte Constitucional en sentencia T-097 de 1994 señaló: "Mientras el derecho penal protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento". Esto es así porque el desacato no busca retribuir con pena la inobservancia del fallo de tutela, de ser así las sanciones por desacato serían condenas.

El objeto del incidente de desacato debe encontrar armonía con la providencia judicial que dicta la sanción, de manera que la sentencia debe atender tres requisitos: primero, la idoneidad de la

medida correctiva para obtener el fin propuesto; segundo, adecuación al principio *Non Bis In idem* y; por último, el carácter manifiesto e inequívoco del desacato.

1) Idoneidad de la medida correctiva.

La idoneidad es una relación de medio a fin, donde el desacato es la ruta para alcanzar el cumplimiento del fallo de tutela o, por lo menos, para corregir la rebeldía del infractor. Si el juez de tutela no tiene por objeto estos propósitos, el desacato se convierte en una medida indebida e injusta (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Quinta, auto N° 2015-00759-02, 2016).

Se acude al test de proporcionalidad para identificar si la sanción cumple con el propósito buscado. Mediante este juicio hermenéutico se puede establecer si la disposición resulta adecuada y necesaria para obtener el fin pretendido, más específicamente, hallar el vínculo de medio-fin entre la sanción y el cumplimiento de la orden de amparo. En ningún caso, puede existir medida sancionatoria desproporcionada y, menos aún, desprovista de propósito para garantizar la materialización de la orden de tutela. (Corte Constitucional, sent. C-033, 2014). Por ello el juez de tutela tiene que:

En primer lugar, definir cuál es la finalidad de la medida en atención del escrito de solicitud de apertura del trámite incidental. Una vez el juez de tutela comprueba el incumplimiento, dicta la sanción de conformidad con las circunstancias particulares de cada caso, en busca del restablecimiento efectivo del derecho (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Quinta, sent. exp.2016-00021-02, 2016).

En segundo lugar, tiene la obligación de indagar sobre la idoneidad del desacato para la obtención del fin propuesto. Esto es, observar si la imposición de la sanción es el medio

idóneo y adecuado para materializar el fallo de tutela o, por lo menos, disciplinar la conducta del infractor (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Quinta, sent. Consulta desacato, exp. 2016-00568-01, 2016). Es idóneo el incidente de desacato siempre y cuando tenga la capacidad de persuadir al infractor para restablecer el derecho tutelado y no relegar la protección de derecho a la formalidad de una decisión (Corte Constitucional, sent. T-413, 2017).

A pesar de lo anterior, frecuentemente el infractor persiste en su comportamiento desobediente, dando continuidad a la vulneración del derecho. En dicho escenario la sanción por desacato tiene por objeto disciplinar al accionado por su comportamiento rebelde, mientras que el restablecimiento del derecho agraviado será perseguido mediante el trámite de cumplimiento a cargo del juez, quien dispondrá de las medidas indispensables para su realización (Corte Constitucional, sent. T-271, 2015)

En tercer lugar, la sanción por desacato debe ser proporcional en estricto sentido a la infracción cometida. De tal modo que, si el accionante incumplió parcialmente la orden de amparo no debe ser sancionado en igual proporción a quien incumplió de manera total el fallo de tutela. El juez no puede afectar un derecho más allá del beneficio que reporta su restricción (Corte Constitucional, sent. C-822, 2005). Es decir, la sanción de arresto y multa comporta el agravio del derecho de libre locomoción, libertad personal, dignidad humana y al patrimonio. Privar de su libertad a una persona con medida de arresto de hasta seis meses y multa de hasta veinte (20) salarios mínimos mensuales restringe el libre goce de aquellos derechos. Razonablemente, el juez debe velar por el estricto respeto de los derechos del accionado y adoptar las sanciones respectivas sin exceder sus funciones constitucionales en perjuicio del destinatario. Es decir, no causar un mal mayor

del necesario para lograr la observancia de la orden de amparo (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Quinta, Sent. Consulta desacato, exp.2016-01063-01, 2016).

2) Adecuación al principio *Non Bis In Idem*

Non bis in Idem es un principio de rango constitucional, descrito como la garantía procesal de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (Constitución Política de Colombia, 1991). Busca impedir que la pretensión resuelta en instancia judicial vuelva a ser sometida a juicio de un juez de la República. No puede desconocerse la decisión jurisdiccional que pone fin a un asunto, salvo que la providencia judicial sea objeto de un recurso de ley con destino a controvertir la providencia. (Viveros Castellanos, 2011, p.34)

Sobre este punto, se dio apertura a la discusión de violación del principio *Non bis in Idem* en incidente de desacato a causa de la identidad de la sanción al interior de procesos de distinta naturaleza. Así, por ejemplo, el juicio disciplinario o penal tienen como resultado la imposición de una sanción. Allí se plantea la cuestión de quien fue sancionado por vía de desacato y luego fue condenado penal y disciplinariamente. En ese caso, no existe sometimiento a doble juicio por los mismos hechos, ni la sanción de arresto y/o multa comporta la violación al principio *Non bis In Idem*. Sobre esto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional afirmó la posibilidad de vincular al infractor a un proceso por desacato y a uno disciplinario y/o penal. Aunque existe la posibilidad de culminar los tres procesos con la imposición de una sanción, la Corte recuerda que son procesos de naturaleza y fundamentos diferentes. Mientras el incidente de desacato busca materializar el amparo de tutela y encausar el comportamiento del infractor, el proceso disciplinario busca, a través de sanciones, la correcta prestación de los servicios públicos

y la adecuada gestión administrativa a cargo de los funcionarios públicos. Por otra parte, el proceso penal difiere de estos dos por sus funciones retributivas, de reinserción social y protección al condenado mediante la imposición de una pena (Corte Constitucional, Sent. C-367, 2014). Allí, la Corporación puntualizó que el principio *Non Bis In Idem* no restringe juicios de diferente orden. En tal sentido, un proceso penal o disciplinario no le resta competencia al juez constitucional para resolver el incidente de desacato y dictar medida sancionatoria (Bernal Cuellar, 2013).

Ahora bien, identificar la violación al principio *no bis in ídem* requiere de la comprobación de los siguientes aspectos: la identidad en el sujeto, identidad en la causa, identidad en la finalidad e identidad en los fundamentos normativos (Corte Constitucional, sent. C-471, 2006). A continuación, se describe cada uno de estos aspectos:

En primer lugar, la identidad en el *sujeto*. Es la concurrencia de la misma persona en distintos procesos dentro de los cuales se debaten los mismos hechos (Corte Constitucional, sent. C-471, 2006). De lo anterior se destaca que la misma persona debe ser juzgada por los mismos hechos, que el comportamiento examinado sea el mismo. Esta característica es insuficiente para adecuar la vulneración del principio *Non Bis In Idem*, ya que debe existir la concurrencia de los demás requisitos.

En segundo lugar, se encuentra la identidad en la *causa*, entendida como los motivos de apertura del procedimiento sancionatorio. Ésta es la concreción de la conducta activa u omisiva en un interés jurídicamente protegido. Verbigracia, las faltas cometidas por un funcionario público atentan contra la correcta gestión pública. Por consiguiente, la

administración debe adelantar un procedimiento disciplinario con el fin de sancionarlo. En este evento la *causa* de apertura del procedimiento es la afectación a la administración pública, considerando que el estado debe prestar una gestión de calidad (Corte Constitucional, Sent. C-826, 2013). Si la afectación al bien o interés jurídico coincide en los distintos procesos contra la misma persona y con los mismos hechos, debe continuarse con el estudio de los requisitos de adecuación al principio *Non Bis In Ídem*.

En tercer lugar, la identidad en la *finalidad*, entendida como la sincronía de propósitos entre los diferentes procesos sancionatorios. La finalidad de la sanción en los diferentes procesos debe ser la misma para identificar si el asunto fue resuelto por la autoridad competente o si, por el contrario, el proceso y debate de los hechos en instancia sancionatoria tiene una finalidad diferente a la contemplada en el respectivo orden judicial o administrativo (Corte Constitucional, sent. C-471, 2006). Así, por ejemplo, en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública mientras en el incidente de desacato se busca la realización del fallo de tutela (Corte Constitucional, sent. C-244, 1996).

Por último, la identidad de los *fundamentos normativos* bajo los cuales reposa cada proceso, es decir, el conglomerado normativo que reconoce competencias, reglamenta el proceso, confiere el ámbito de decisión y justifica cada instancia procesal para resolver determinados asuntos y conflictos. Si el sustento jurídico de dos procesos es idéntico y tienen la misma justificación, existe doble enjuiciamiento y, por lo tanto, una violación al principio *Non Bis In Ídem* (Corte Constitucional, sent. T-059, 2015). Pueden existir similitudes normativas en diferentes juicios. Lo importante es definir el compendio

normativo bajo el cual se apoya cada proceso, los cuales no pueden ser exactos en su integridad. De ser así, ambas instancias procesales son iguales y al menos una de ellas innecesaria.

Entonces, a primera vista no es válido afirmar el quebrantamiento del principio *non bis in ídem* cuando coincide el *sujeto* y se funda en los mismos hechos. Deben concurrir todas las condiciones de *causa*, *finalidad* y *fundamento normativo* para enmarcar la prohibición de doble enjuiciamiento (Corte Constitucional, sent. C-244, 1996).

Ahora bien, el juez de tutela incurre en la prohibición de doble enjuiciamiento si con el incidente de desacato persigue los fines propuestos en un proceso disciplinario a cargo de la administración pública o los fines propios de una pena y acude a los mismos fundamentos normativos. En este caso, la sanción dictada en instancia de desacato comprende un despropósito y falta de coherencia. El juez constitucional tiene la obligación de examinar los hechos que funda la solicitud de apertura del trámite incidental y, a su vez, estudiar la justificación y finalidad del desacato en cada caso concreto, con el fin de guardar relación entre la inobservancia y la sanción impuesta. Específicamente, el operador judicial debe buscar la materialización del fallo de tutela mediante el procedimiento incidental y, sancionar en caso persistir la desobediencia del accionado. De esta manera el juez constitucional guarda respeto por el principio *non bis in ídem*.

3) Carácter manifiesto e inequívoco del desacato

Sobre este punto, el juez de tutela debe idagar sobre el comportamiento del infractor e identificar la voluntad del responsable de no atender la orden de amparo. La continuidad de la vulneración es consecuencia directa de la conducta desinteresada del infractor de llevar a cabo la orden de tutela. El solo incumplimiento no es *per se* fundamento de responsabilidad subjetiva. Por el contrario, se requiere verificar la intención del accionado de eludir el fallo de tutela (C.S.J, Sala de Casación Civil y Agraria, Sent. Exp. 2016- 00870-02, 2017).

El juez de tutela al momento de dictar providencia debe contar con los elementos probatorios suficientes para demostrar la desobediencia del accionado y su ánimo de rehuir de la orden de tutela. Hecha la verificación sobre el carácter manifiesto e inequívoco del desacato o desobediencia del responsable, el operador judicial dicta la sanción correspondiente con base en el propósito ostensible de infringir la orden de amparo. De allí que el juez al momento de dictar la medida sancionatoria no pueda tener duda alguna sobre el ánimo rebelde del responsable (C.S.J, Sala de Casación Civil y Agraria, auto. Exp. 2016-02414-01, 2017).

1.5.COMPETENCIA

La autoridad competente para conocer del incidente de desacato es el Juez de primera instancia, quien es responsable de asegurar el cumplimiento de la orden de amparo en los términos y condiciones allí dispuestas. Bajo esta idea, la autoridad que profirió el fallo de tutela es competente para adelantar el incidente de desacato (Sánchez, 2013, p.21). Esta regla de

competencia garantiza el principio de inmediatez, porque el juez de primera instancia conoce las circunstancias de cada caso en particular. Él es quien se encuentra en la mejor posición para asegurar la inmediata protección del derecho fundamental agraviado o amenazado (Botero M., 2006, p.149).

Esta norma de competencia protege la eficiencia del *grado jurisdiccional de consulta*, consistente en la garantía procesal a favor del accionado de someter a instancia de consulta la decisión sancionatoria ante el superior jerárquico. Esto con el fin de someter a juicio de legalidad la decisión sancionatoria. Esta circunstancia justifica la competencia del juez de primera instancia para conocer el incidente de desacato, ya que permite la existencia de un superior jerárquico que revise en sede de consulta la decisión de arresto y/o multa (Corte Constitucional, auto. 136A, 2002).

De otra parte, el juez de primera instancia pierde excepcionalmente jurisdicción para adelantar el trámite incidental por desacato cuando el responsable es un agente o corporación que goza de fuero constitucional. Es el caso de los Magistrados de las altas cortes, sobre quienes procederá el incidente ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes (Corte Constitucional, sent. T-458, 2003). En este evento, el juez de conocimiento conserva competencia para adoptar todas las medidas necesarias destinadas a garantizar y restablecer los derechos fundamentales amparados en la orden de tutela, mientras que la responsabilidad disciplinaria por desacato es competencia de la Comisión de Acusación.

1.6.LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

El incidente de desacato es un dispositivo procesal de naturaleza disciplinaria que debe ser impulsado por el accionante, quien es el principal interesado en la correcta obediencia de la orden de tutela. Además, la exigencia de una responsabilidad subjetiva en cabeza del accionado y posterior sanción, requiere de una petición de la parte interesada (Corte Constitucional, sent. T-744, 2013). El juez de tutela no puede adelantar de oficio un trámite incidental por desacato. No obstante, sí cuenta con la competencia para emplear de oficio todas las herramientas jurídicas tendientes a garantizar el cumplimiento del fallo de tutela (C.S de la Judicatura, sent, rad.2006-1357 01, 2006).

En caso de existir por activa *Litisconsortes necesarios*, no es obligatorio que todos los interesados promuevan la solicitud de apertura del trámite incidental de desacato, basta con la petición de uno de los *Litisconsortes* para dar inicio al procedimiento disciplinario. El operador judicial en ningún caso puede exigir la integración de *Litis consortes necesarios* para admitir y proceder conforme la solicitud de desacato (Corte Constitucional, T-766, 1998).

Además de la solicitud de parte existe también legitimación en cabeza del Ministerio Público para solicitar la apertura del trámite. Con este respaldo en los numerales 1, 2 y 7 del artículo 277 de la Constitución. Lo mismo sucede con del Defensor del Pueblo, quien se encuentra autorizado a impulsar los trámites requeridos ante autoridad competente para garantizar el cumplimiento de la orden de tutela. Esto encuentra fundamento constitucional en el artículo 282 (Botero M., 2006, p.154).

La Corte Constitucional en sentencia T-766 planteo la posibilidad de promover excepcionalmente el incidente de desacato de forma oficiosa (Corte Constitucional, T-766,

1998). Sin embargo, la alta corporación no precisó los eventos en los cuales el operador judicial puede impulsar dicho procedimiento disciplinario. A causa de esta incertidumbre, los jueces no dan apertura de oficio al incidente de desacato. Aunque existe rastro de esta posibilidad en el artículo 27 del Decreto 2591, allí se contempla la facultad en cabeza del juez de abrir procesos disciplinarios y sancionar por desacato al superior jerárquico del responsable si, previo requerimiento, no hizo cumplir al subalterno la orden de amparo.

En suma, el principal promotor del trámite incidental es el accionante, quien se preocupa por restablecer sus derechos y el cese de cualquier amenaza. Radica en él la facultad para solicitar a la autoridad judicial la imposición de sanciones contra infractor de la orden.

1.7.PROCESO

En lo que se refiere al proceso, no existe un trámite definido en la norma para el incidente de desacato. El decreto 2591 de 1991 guardó silencio frente al procedimiento que debía observar el desacato, lo cual otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez constitucional para dirigir y definir los parámetros procesales. Empero, el juez de tutela debe observar en todo momento el respeto de los derechos procesales de los implicados. Razón por la cual, la jurisprudencia insiste en el respeto de las garantías mínimas dentro del trámite, el derecho al debido proceso y a la defensa (Corte Constitucional, sent. T-271, 2015).

1.7.1. Tramite Especial

El decreto 2591 prescindió de un procedimiento incidental de desacato, omisión que se reflejó nuevamente en el decreto reglamentario 306 de 1992. El ordenamiento jurídico dejó en blanco el camino procesal aplicable al desacato. Con mayor atención, la naturaleza disciplinaria del

incidente de desacato requiere de un procedimiento con respeto de las garantías mínimas al debido proceso y defensa. En razón de esta necesidad, los jueces de la república atendieron y aplicaron una de las siguientes posturas: La primera encuentra fundamento en la norma, bajo esta posición indica que el trámite corresponde al procedimiento incidental ya contemplado en la legislación civil. La segunda, plantea el *carácter especial* del procedimiento incidental y reivindica la independencia normativa del desacato en el trámite (Corte Constitucional, sent. C-243, 1996). La línea argumentativa de cada postura es la siguiente:

La primera postura contempla sus planteamientos en el decreto 306 de 1992 -por el cual se reglamenta el decreto 2591 de 1991-. En concreto, el artículo 4 señala “*Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho decreto.*” (Decreto N°306, 1992). El trámite de desacato es el mismo fijado en el artículo 129 del Código General del Proceso (CGP) con la *proposición, trámite y efectos* de los incidentes (Sent. T-271, 2015). Bajo esta línea, el procedimiento inicia con la proposición, es decir, la solicitud de apertura del trámite, la cual debe ser por escrito y debidamente fundamentada independientemente de que lo haga en audiencia o de forma oral¹. La lógica procesal del incidente de desacato en sede de tutela impide ser solicitado durante audiencia. Sobre este punto se recuerda que el incumplimiento del fallo de tutela interesa en la medida que haya transcurrido el término allí dispuesto para el cese de la vulneración o amenaza. La inobservancia de la orden de tutela es externa a la cuerda procesal de la tutela, pues la petición de apertura del trámite incidental siempre va a suceder por fuera de audiencia (artículo

¹ Esto último, es una novedad del C.G.P, porque el pasado Código de Procedimiento Civil señalaba la formulación de un escrito como única vía de proposición del incidente

137). Con todo, siempre va a existir la carga del peticionario de aportar las pruebas que dan cuenta de los hechos relacionados en la solicitud incidental. Luego de la solicitud, el juez debe correr traslado por tres (3) días del escrito a la contraparte con el propósito de otorgar la oportunidad de contestar y aportar pruebas. Vencido este término, el juez debe convocar audiencia para decretar pruebas y ordenar de oficio las que considere necesarias, conducentes y pertinentes. Por último, el C.G.P indicó que si el trámite no suspende el curso del proceso el incidente se resuelve en la sentencia. En caso contrario, es resuelto mediante auto. Bajo esta postura, los parámetros del incidente de desacato se encuentra definido en la legislación civil. En este aspecto el juez de tutela no dispone de libertad para desarrollar la estructura procesal del incidente de desacato.

La segunda postura, resalta el carácter especial del incidente de desacato como un trámite abierto y de libre dirección a cargo del juez de tutela. Tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual emprendió una línea sobre el carácter especial del incidente de desacato a partir de la sentencia de constitucionalidad C-243 de 1996, donde declaro exequible el artículo 52 del decreto 2591 de 1991. Allí la demanda de inconstitucionalidad señaló dos cargos: El primero indicaba la vulneración del principio del debido proceso al impedir al accionante interponer recursos contra la providencia que resuelve el desacato a favor del accionado. Además, sostuvo en la demanda que dicha situación comporta una ventaja procesal injusta someter a grado jurisdiccional de consulta la sanción por desacato, pues concede a favor del accionado la oportunidad de resolver su situación en segunda instancia y, a su vez, privar de esta posibilidad al accionante. En el segundo cargo, el demandante refirió como nugatoria la decisión del *ad-quem* (juez que resuelve la consulta) sobre la sanción impuesta por el *a-quo* (juez de conocimiento en sede de tutela). Toda vez que el grado jurisdiccional de consulta procede en

efectos devolutivos. Por lo tanto, la decisión del superior jerárquico no tiene efecto alguno, ya que el juez de tutela da inicio a la ejecución de la sanción antes de enviar el expediente al superior en grado jurisdiccional de consulta (Corte Constitucional, sent. C-243, 1996).

Sobre el primer cargo, la Corte Constitucional subrayó que el grado jurisdiccional de consulta no es semejante al recurso de apelación, así como tampoco es un mecanismo creado a favor del accionado. La consulta no rompe el equilibrio procesal entre los sujetos procesales. El motivo esencial de la consulta consiste en la revisión de la sanción para verificar si es impuesta correctamente, mientras que la apelación constituye una vía de impugnación (Corte Constitucional, sent. C-243, 1996). Sobre esta posición, la Corte afirmó que no es posible extender el recurso de apelación contemplado en la legislación civil a causa del carácter especial del incidente de desacato, así lo evidencia la intención del legislador cuando señala expresamente el grado jurisdiccional de consulta. Sobre este punto, la Corte edifica el carácter especial, preferente y sumario del incidente de desacato.

Respecto del segundo cargo, La Corte Constitucional dio la razón al actor considerando que hubo falla en la técnica legislativa. La consulta de la sanción no puede ser concedida en efectos devolutivos, pues implica la ineficacia de la decisión del juez de consulta. En este caso, el juez de conocimiento ejecuta la sanción sin pronunciamiento del superior jerárquico tornando nugatoria la providencia en sede de consulta (Corte Constitucional, sent. C-243, 1996).

El carácter especial del trámite fue reafirmado en sentencia C-092 de 1997, donde la Corte Constitucional expresó que la naturaleza disciplinaria del incidente de desacato impide extender el proceso contemplado en la legislación civil a su trámite. El incidente civil es de carácter subsidiario y sobreviniente, no tiene por objeto imponer sanciones disciplinarias a diferencia del

incidente de desacato. Es inaplicable el procedimiento contemplado en la jurisdicción penal pues el incidente de desacato responde a la necesidad de restablecer el derecho mediante la coerción. Mientras tanto el derecho penal acude a la pena para cumplir finalidades retributivas, preventivas y resocializadoras (Corte Constitucional, sent. C-092, 1997).

Armonizando esta teoría, el incidente de desacato obedece un trámite de carácter especial bajo la dirección discrecional del juez de tutela, quien dispondrá de un trámite adecuado observando las garantías procesales de los sujetos, asegurando en todo tiempo, el derecho al debido proceso y a la defensa. De manera puntual, el juez coordinará el proceso en atención de su carácter preferente y sumario.

1.7.2. Etapas

El incidente de desacato atiende un trámite especial, preferente y sumario. Allí el juez describe la cuerda procesal obediendo los derechos al debido proceso, defensa e igualdad. En todo caso, esta potestad discrecional para fijar los lineamientos se enmarca, según la Corte Constitucional, por las siguientes etapas: i) Comunicar al accionante la apertura del trámite y requerirlo para que informe los motivos del incumplimiento; ii) Practicar las pruebas que obren en el proceso; iii) Notificar la sentencia y; iv) En caso de providencia sancionatoria, enviar expediente al superior jerárquico (Corte Constitucional, sent. T-271, 2015).

La *primera etapa* envuelve la gestión inicial. El juez recibe el escrito junto con las copias del fallo de tutela, las pruebas y las copias para su traslado. En esta oportunidad el juez estudia la procedibilidad del desacato, competencia y contra quien se dirige y examina si avoca o no conocimiento del asunto. En caso de hallar competencia, el juez mediante auto de trámite asume conocimiento (Sistema de Gestión de Calidad CS de la Juscatura, 2013). Llegado a este punto,

el Juez de tutela, por lo general, en el mismo auto que avoca conocimiento ordena comunicar a los involucrados sobre la apertura del incidente de desacato y ordena al responsable de atender la orden de tutela o, de ser el caso, que indique los motivos de incumplimiento (Corte Constitucional, sent. T-271, 2015). Es la oportunidad presentar la defensa.

La práctica de pruebas protagoniza la *segunda etapa* referente al exámen de los elementos probatorios allegados por las partes y dispuestos por el juez. Es la realción de soportes documentales y testimoniales conducentes para dictar la decisión (Corte Constitucional, sent. T-512, 2011). Conviene subrayar que el operador judicial en medio de sus facultades discrecionales para ordenar el proceso, ciñe sus prerrogativas en torno a los pilares esenciales del debido proceso. Entre ellos, brindar la oportunidad a los sujetos procesales de presentar pruebas que den cuenta de los hechos que respaldan su defensa y analizar cada una de ellas en debida forma. De esta manera se observa el sustento probatorio necesario para dictar sentencia. Allí se da el contenido lícito de un juicio como un acto de justicia (Corte Constitucional, sent. T-086, 2003). A primera vista, la carga de la prueba corresponde a quien acciona, de manera que, el accionante descubrirá las pruebas sobre el incumplimiento y la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) del accionado (Corte Constitucional, Sent. C-367, 2014). No obstante, bajo los postulados de la carga dinámica de la prueba, el juez ordena aquellas que se encuentren en poder de uno u otro sujeto procesal.

La *tercera etapa* advierte la notificación de la sentencia. No existe nominación legal para su realización. En este sentido, el juez es libre de elegir el método de comunicación de sus providencias, siempre y cuando sea a través de un medio expedito y adecuado para informar a las partes (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, S.S. Subsección A, sent. Consulta desacato, exp.2014-00340-01, 2015). Existe vía libre para elegir las diferentes notificaciones dispuestas en

el Código General del Proceso (art.289 y Ss), incluso disponer medios diferentes a los preceptuados en la ley para informar la resolución judicial. En todo caso, el juez debe garantizar la comunicación de su decisión en tiempo y debida forma.

Por último, la *cuarta etapa* establece el envío de la sanción impuesta al superior jerárquico, quien en instancia de consulta resuelve la revocatoria o no de la sanción (Decreto 2591, art.52, 1991). En esta fase el juez de consulta verifica si hubo incumplimiento del fallo de tutela e indaga si fue total o parcial, y examina si la sanción impuesta se ajusta a la constitución y a la ley. En sede de consulta, el operador judicial tiene la obligación de analizar las medidas impuestas según las consideraciones de cada caso concreto (Corte Constitucional, sent. T-086, 2003). Con esto se busca proteger los derechos de quien fue sancionado con multa y medida de arresto.

El grado jurisdiccional de consulta no solo faculta al superior jerárquico para revocar la sanción, sino también, para adoptar todas las medidas adicionales y necesarias para garantizar el derecho amenazado o agraviado. Dicho brevemente, el juez de consulta tiene competencia para dosificar, complementar o ajustar la decisión inicial (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Primera, sent. Consulta desacato, exp. 2015-01609-01, 2017).

1.7.3 Término

La ley no preceptuó un término para el incidente de desacato, dio al juez un margen de libertad para configurar el plazo del trámite. Por fortuna, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de emendar dicha omisión legislativa mediante la decisión de una demanda de inconstitucionalidad. La demanda relacionó un problema de origen cotidiano presente en el incidente de desacato, pues la resolución del trámite incidental se prolongaba en el tiempo y se tornaba indefinido. Los

jueces de tutela no estaban restringidos por término perentorio para desarrollar el procedimiento incidental. La Corte Constitucional en sentencia C-367 de 2014 señaló que, el legislador incurrió en omisión legislativa relativa al no incluir una condición o ingrediente esencial en la regulación del incidente de desacato que permitiera su correcta armonización. Toda vez que el término para resolver el trámite era indeterminado e indeterminable, ya que la ley no dispuso un término específico ni contempló los parámetros para determinarlo. Por otra parte, la remisión que hace el decreto reglamentario 306 de 1992 a la legislación civil, impide identificar un término aplicable al incidente. La Corte subrayó el carácter de inmediatez de la tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, la cual es de inmediato cumplimiento. El constituyente contempló un término de diez (10) días entre la acción y su resolución. A partir de este razonamiento, la Corte resaltó el desacato como un instrumento de garantía de los derechos fundamentales y bajo ningún concepto la decisión de tutela puede volverse nugatoria. Por ello, el juez debe atender un término de diez (10) día para resolver el incidente, con arreglo del mandato de inmediatez de la tutela contemplado en el artículo 86 de la Constitución (Corte Constitucional, Sent. C-367, 2014).

El Juez puede extender el término por razones probatorias a fin de asegurar el derecho a la defensa. De ser así, mediante providencia judicial debe justificar que, por motivos de necesidad de la prueba o por la demora justificada en su práctica se requiere de un término mayor al contemplado en la Constitución. En este caso, el juez debe resolver el incidente en un término razonable de conformidad con los postulados constitucionales de inmediatez (Corte Constitucional, Sent. C-367, 2014).

1.8. INEJECUCIÓN DE LA MEDIDA DE ARRESTO Y MULTA

La jurisprudencia constitucional abordó el estudio sobre la inaplicabilidad de la medida de arresto y de multa debidamente proferida por el juez de tutela, a través de la solicitud de inejecución de la medida legalmente proferida. La Corte Constitucional expresa que la finalidad del incidente de desacato es, ante todo, el cumplimiento de la orden de tutela en ningún caso tiene por objeto la imposición de una pena retributiva. El propósito de la medida de arresto y multa es persuadir, advertir, conminar al responsable de atender la orden de tutela, restablecer el goce efectivo del derecho es el fin último de la orden de tutela. Así, el incidente y sus medidas sancionatorias carecen de sentido si el responsable procedió conforme a la disposición de amparo (Corte Constitucional, sent. T-512, 2011).

En sentencia C-243 de 1996 la Corte subraya que, la medida sancionatoria impuesta en curso del trámite incidental por desacato debe observar los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. La imposición de estas medidas compromete los derechos fundamentales del implicado, tales como: la libertad, el buen nombre, trabajo, entre otros. (Corte Constitucional, sent. T-171, 2009). Luego resulta improcedente ejecutar una sanción cuando se ha reconocido y probado que ya se dio cumplimiento a la sentencia, inclusive, si la medida ya se está ejecutando. Bajo esas condiciones no es adecuado mantener la medida disciplinaria, de lo contrario la medida se convierte en una sanción de naturaleza punitiva asimilable a al derecho penal. Entonces, si se acredite la satisfacción íntegra de la orden, debe dejarse sin efectos la medida de arresto y multa

El responsable de la orden de amparo tiene la facultad de solicitar la inejecución de la medida de arresto y multa ante el juez de conocimiento, siempre y cuando acredite cumplimiento del fallo

de tutela. Aunque la decisión sea confirmada en instancia de consulta por el superior jerárquico, el juez *ad-quo* (juez que dictó desacato) tiene la facultad de inejecutar la sanción. Inclusive, si las medidas ya empezaron a surtir efectos, el infractor puede solicitar la interrupción probando el restablecimiento íntegro del derecho vulnerado. La inejecución de la medida de arresto y multa también procede de oficio (Cueto E, 2012).

CAPITULO II

EFICIENCIA E IDONEIDAD DEL INCIDENTE DE DESACATO

2.1. EFICIENCIA DEL INCIDENTE DE DESACATO

La idea de eficiencia, procede de la interpretación económica del derecho como una de las grandes tendencias del pensamiento jurídico, es una nueva forma de entender las instituciones sociales. Bajo este pensamiento se busca explicar el derecho como el resultado de una “realidad” y no como “ideas” u “absolutos” abstractos o metafísicos. Bajo dicha visión, el estado máximo de perfección no consiste en un estado final de ética (justicia), ni política (libertad), ni biológica (organismo social adaptado a su medio circundante), en vez de esto se fundamenta en una realidad económica bajo la condición de satisfacer al máximo las necesidades materiales del ser humano. Significativamente, surge una interpretación idealista según la cual toda la historia jurídica tiene un fundamento económico a partir de la actividad humana dirigida a satisfacer sus necesidades. Junto a esto, también, surge una interpretación sociológica mecanicista donde se une la mecánica y leyes de la sociedad con el sistema económico, donde el derecho es el resultado de la constante lucha del hombre por su existencia y, coherentemente, de las fuerzas económicas (Pound R, 1950).

Dentro de la órbita económica, la eficiencia explica la realización de los propósitos y la maximización de los beneficios a partir de los recursos disponibles. Lo cual se extiende al mundo del derecho en observancia de los propósitos de la estructura social, pues debe cumplir sus objetivos reduciendo costos e incrementando el bienestar. Inclusive, con motivada razón R. H Coase subrayó que uno de los motivos por los cuales la economía incursiona con éxito en disciplinas contiguas como la jurídica, es por la relación de los estudios de coste-beneficio, aspecto central de la eficiencia. Está se entiende como la técnica de valorar lo que se gana con lo que se pierde por el curso de una acción concreta (Coase R.H, 1994).

El derecho es resultado de las relaciones sociales, la economía es el estudio de las organizaciones económicas originada en los acuerdos sociales. Existe un enlace entre instituciones sociales y el sistema económico, donde se relaciona la satisfacción de necesidades humanas y trata el comportamiento humano desde el enfoque de ser maximizador de utilidades (Stigler J, 1952). De allí que el orden jurídico deba ser observado bajo una mirada económica que, naturalmente, responda a la búsqueda de eficiencia de las instituciones y marco jurídico constituido socialmente para asegurar los fines colectivos.

Con todo esto surge un renovado matiz sobre la idea de justicia. Tradicionalmente, el valor primario del derecho es lo justo, la ley debe ser reconocida por sus destinatarios bajo la conciencia vinculante de que la norma es justa. Esto es así, cuando asegura a los hombres lo que les corresponde en relación con los demás y con las cosas. Bajo este panorama el legislador solo debe preocuparse por la emisión de leyes justas y válidas. En cambio, el análisis económico del derecho destaca la importancia de la eficiencia normativa a partir la filosofía utilitarista. La economía propone que la ley es un incentivo que lleva a los individuos a tomar la mejor decisión para alcanzar sus fines, la ley busca maximizar la utilidad y reducir los costos sociales. En ese

sentido, la disposición normativa es considerada como buena siempre y cuando produzca el mayor bienestar posible (Arjona T, 2002).

A partir de este razonamiento, la eficiencia amplía el espectro de estudio de la norma que va más allá de una reflexión de justicia y validez. Por supuesto, sin ignorar el carácter esencial de estos valores jurídicos, la eficiencia parte de la elaboración de un análisis empírico de los efectos y consecuencias reales de la norma para valorar el bienestar social alcanzado en la ley.

Justamente, la interiorización de la eficiencia en el pensamiento jurídico va de la mano con las premisas de una *ética normativa liberal, filosofía pragmática y método de investigación económico*. En ese orden: la primera premisa parte de la teoría según la cual la libertad individual es compatible con la colectiva y la igualdad de oportunidades; la segunda, subraya la necesidad de resolver los problemas jurídicos a partir del análisis de sus consecuencias previsibles y posibles efectos, lejos de cualquier consideración metafísica o abstracta y; la tercera, hace uso de los instrumentos de la microeconomía para hallar dichos efectos y proponer soluciones (Faralli C, 2007, p.57-59).

Con fundamento en la distribución eficiente de la riqueza, el análisis económico del derecho examina la búsqueda del mayor beneficio al menor costo social. Es decir, la teoría del bienestar entendida a partir de la satisfacción de las necesidades de los individuos que integran el colectivo. Esto es la satisfacción de las necesidades fisiológicas, psicológicas y aspiracionales del hombre a través de la distribución de los recursos dentro de la sociedad. Así, por ejemplo, gozar de nutrición adecuada, de un buen estado de salud, de un salario justo, acceso a la educación, entre otros componentes esenciales de la vida humana (Duarte & Jiménez, 2007). De fondo, el reparto económico de los recursos debe atender el grado de necesidad de las personas, no a un

criterio de maximización de utilidades de los agentes, porque habitualmente el incremento de los beneficios de unos cuantos puede representar mayores costos para otros. Con mayor razón, Richard Posner (1998) señala que la asignación de los recursos en una transacción solo es eficiente cuando el costo social no supera el beneficio particular (p.21). El incremento del valor de las partes involucradas en una transacción no puede causar mayores costos a terceros. Ciertamente, existe una conciencia sobre la imposibilidad de considerar un escenario donde no se causen efectos sobre personas ajenas a una relación de transferencia. Tal y como lo afirmaba Vilfredo Pareto, la eficiencia puede ser entendida como el mejoramiento de la posición de al menos una persona sin que para ello se empeore la posición de otra (Coase R, 1994).

La postura tradicional sostiene el concepto de Kaldor-Hicks sobre eficiencia como la maximización de riqueza a partir de la generación de valor en la transacción donde las partes intervinientes son mejoradas sin que el daño a terceros exceda el beneficio total obtenido (Posner, 1998). Por supuesto, lo ideal sería que los ganadores compensaran a los perdedores, sin embargo, esto solo es posible cuando existe una transacción legalmente forzada para reparar el daño causado.

Hasta aquí, se ha esbozado el concepto de eficiencia desde la perspectiva *distributiva*, entendida como el reparto de los recursos generando el mayor valor al menor costo social. Sin embargo, la eficiencia también es un criterio de racionalidad medio-fin según el cual se deben contemplar todos los medios alternativos, prever sus posibles consecuencias y elegir aquel que represente el mayor beneficio posible, incrementado el provecho y minimizando los costos sociales. Por ello, Carla Faralli (2007) al exponer la postura crítica del análisis económico del derecho subraya que el intérprete de la norma debe identificar todos los posibles significados atribuibles de una disposición normativa y, posteriormente, prever las consecuencias de cada una de las

interpretaciones con el fin de escoger la solución más conveniente (p.59). En adelante, esta concepción de eficiencia se denomina *idoneidad*.

La *idoneidad*, en definitiva, es el uso del medio más adecuado para alcanzar el fin deseado. En términos económicos es la obtención de un resultado por la vía más conveniente con el menor desgaste posible (González O., 2003, p.58). Sobre esto coincide Vaquer Caballería (2011) al señalar que es la maximización de los resultados con los recursos disponibles, de ahí que la *idoneidad* de la ley sea la optimización del consumo y correcta asignación de recursos económicos y jurídicos (p.101). Desde la óptica de *idoneidad*, el ordenamiento es eficiente si alcanza el máximo resultado posible entre todas las consecuencias previsibles disponiendo de lo necesario para alcanzar un fin concreto, sin restringir u ordenar más allá de lo requerido para su obtención.

Albert Calsamiglia señaló la eficiencia como una condición necesaria para que haya justicia lo que armoniza el valor fundamental del derecho con el enfoque económico del mejor aprovechamiento de los recursos y medios disponibles (p.279). Sobre este aspecto surgen críticas esencialmente jurídicas señalado que la noción de la justicia se desarrolla con más amplitud que un criterio económico y que, por consiguiente, la noción de eficiencia no es asimilable con la de justicia. Posner siendo consciente que la justicia es un ideal no económico, precisó la economía como una herramienta que si puede dar cuenta del valor a sacrificar por la sociedad para alcanzar ese ideal de justicia, pues éste siempre tiene un precio (p.32-33). Relacionando todo esto, es conveniente subrayar el carácter instrumental de la eficiencia para la justicia, dado su propósito de asegurar un grado de igualdad económica apropiada en la sociedad. Con seguridad, la correcta distribución de los recursos no es el criterio exclusivo de la justicia, pero es indudable que el desperdicio en un mundo de recursos escasos es de lejos una perspectiva de justicia.

La orientación de eficiencia es un acercamiento a la concepción económica de costo-beneficio y racionalidad medio-fin. No obstante, como se expresó a través el análisis económico del derecho, la intención es realizar una aproximación sobre la eficiencia del incidente de desacato mediante instrumentos y herramientas propias del método económico, así como el uso de los supuestos económicos esenciales, tales como, comportamiento humano racional, aversión al riesgo, costos de información, entre otros que llevan a un análisis más completo de las consecuencias de la figura jurídica y su aplicación en la realidad.

El estudio de eficiencia del incidente de desacato se aborda a partir del punto de vista distributivo de los recursos con relación al bienestar y costo social del incidente de desacato. También se explica desde la óptica de *idoneidad*, particularmente a partir de la suficiencia del incidente de desacato para garantizar los derechos fundamentales tutelados o si, por el contrario, no es la mejor alternativa para llevar a cabo su materialización. El examen del incidente de desacato se emprende bajo las premisas de racionalidad y valoración de sus elementos.

2.1.1. ANÁLISIS DE EFICIENCIA DEL INCIDENTE DE DESACATO:

Con particular acierto el derecho nunca puede permitir la obtención indebida de una ventaja a partir de la vulneración de los postulados legales. En caso de existir violación de una obligación legal, el sistema normativo debe establecer un costo a cargo del agresor por lo menos igual al costo de oportunidad que representa aquella conducta ilícita para la víctima. Puntualmente, si el precio que debe pagar el delincuente es menor que la ventaja obtenida con el acto indebido, el valor obtenido con su conducta se habrá maximizado. En este caso hay una diferencia entre el costo a pagar y el beneficio obtenido, el actor se encuentra incentivado a dirigir su conducta por

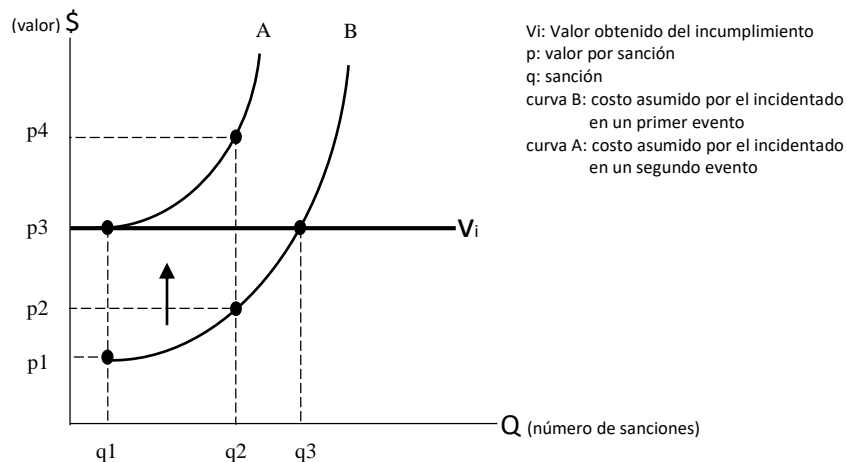
fuera del sistema normativo, pues le resulta rentable infringir la ley. De allí que el ordenamiento deba incentivar la buena conducta, fijando costos mayores a la ventaja lograda con la violación de un deber legal (Posner R., 1998, p.489).

Planteada esta consideración, se destaca la racionalidad humana como uno de los supuestos económicos más importantes. Cada quien actúa en beneficio propio y elige la alternativa que represente mayor utilidad restando los costos de su comportamiento. Ronald Coase (1994) subraya la visión de Adam Smith sobre el hombre, quien consideraba que los seres humanos solo están impulsados por su propio interés. No obstante, este autor recordó la presencia de estímulos sobre el comportamiento humano distintos al provecho individualista y egoísta del hombre. Tales como la benevolencia, entendida como la preocupación por los demás, en concreto, esa simpatía por el otro tiene la potencialidad de orientar la conducta. Sin embargo, existen sentimientos humanos distintos a éste con un mayor grado de influencia en el comportamiento humano como la dignidad y superioridad de la propia personalidad. Llevan al individuo al punto de tomar decisión en sacrificio propio así, por ejemplo, se encuentra quien por honorabilidad y grandeza sacrifica una extremidad de su cuerpo para salvar muchas vidas (p 111-115). Con todo, el hombre siempre persigue un interés propio, aunque tenga en consideración a los demás, continúa siendo un ser racional y su elección está dada por la conveniencia particular.

Sobre este aspecto, el incidente de desacato actúa como un desincentivo destinado al responsable, quien de antemano es informado sobre el precio de su desobediencia y se le otorga la oportunidad de acatar la orden en un término razonable. Perfectamente consciente, el incidentado procede conforme a su obligación pues, como se esperaría, es indeseable pagar una multa o ser arrestado por su propia terquedad. Con mayor sensatez, el infractor entiende que no va a sacar ventaja de su comportamiento desobediente porque el costo es alto (especialmente si

es de arresto) y, en caso de ser sancionado, la obligación legal de restablecer el derecho vulnerado no se extingue, por lo contrario, subsiste mientras continúe la agresión. Peor es el caso de insistir en la desobediencia, pues el responsable se encamina a recibir otra sanción. Allí, el costo del incumplimiento termina por ser más alto que el beneficio obtenido con su desobediencia.

El responsable se inclina por dar curso a lo dispuesto en fallo de tutela, si halla que el precio a pagar - multa y/o arresto - es notoriamente superior al provecho obtenido con el incumplimiento de la obligación legal. De suerte que la valoración costo-beneficio orienta la conducta del accionado en atención de su interés propio. Los individuos cumplen lo que prescribe el derecho por tres razones distintas: Algunos cumplen por el temor de recibir una sanción, este grupo decide con base en los beneficios que podrían obtener del incumplimiento y las probabilidades de recibir una sanción, ellos son los *coercitivos*; Luego se encuentran las personas obedientes del sistema normativo, siempre cumplen el derecho porque lo consideran válido y correcto, nunca se aparten de los postulados legales, este grupo es llamado los *normativos*. Por último, existen los individuos que aceptan la norma en la medida que juzgan como bueno lo que prescribe una disposición jurídica. Si no la ubican dentro de lo que consideran bueno simplemente no cumplen, ellos se denominan *ideológicos* (García V, 2004, p.123). En ese orden, el incidente de desacato se sitúa justo en frente de aquellos individuos llamados *coercitivos*, ellos atienden la advertencia para evitar un costo mayor. Este dispositivo procesal resulta insuficiente respecto de quienes no estiman legítima la orden de tutela, tal y como sucede con los *ideológicos*. En contraste, se encuentran los *normativos* quienes en ningún caso se enfrentarán a un trámite incidental y mucho menos a una sanción, pues cumplen la orden de amparo en término y en las condiciones allí dispuestas.



GRÁFICA I

De acuerdo con valor obtenido del incumplimiento (V_i), el infractor estima si continua con la desobediencia o si cumple la orden de amparo. Esta decisión depende del precio que el infractor deba pagar a cambio de su postura y además valora si resulta rentable sostener su posición desobediente. El infractor no solo da un valor específico a la multa sino también al arresto y, a partir de allí, analiza el costo que está dispuesto a soportar a cambio del valor alcanzado por su incumplimiento. En caso de apreciar un mayor costo, el responsable de la orden de tutela dará cumplimiento a su obligación. Suponiendo que el incidentado aguarde durante el trámite incidental hasta el decreto de la sanción de multa y/o arresto, con el fin de conocer cuál es el costo de su desobediencia y sopesar el costo con el beneficio logrado por el incumplimiento. Si decide obedecer la orden de tutela después de la declaratoria de desacato y con anterioridad de la ejecución de la sanción puede solicitar al operador judicial la *inejecución de la medida de arresto y multa* (véase §capítulo I, título 1.8).

Una cuestión esencial es la dosificación hecha por el juez sobre la sanción a imponer según las particularidades de cada caso, conforme a la apreciación del operador judicial. El juez de tutela establece el valor de la multa y los días de arresto a partir de la valoración de la conducta del

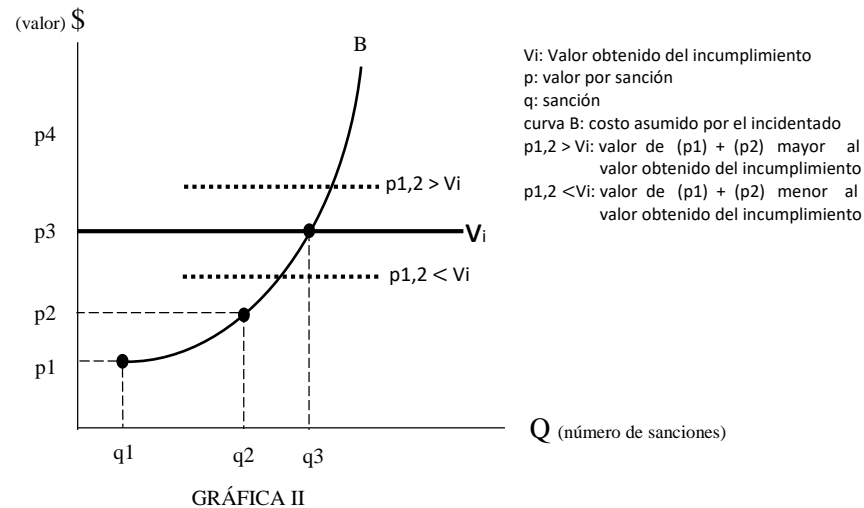
incidentado y la gravedad de la violación. Por ser una apreciación interna del juez difícilmente puede ser considerada por el incidentado para conocer el costo de su incumplimiento, no obstante, la desobediencia reincidente si es un aspecto que razonablemente va a intervenir sobre el aumento de la sanción. De manera que si la primera sanción (q_1) es valorada por incidentado con un costo (p_1) inferior a la utilidad obtenida con el incumplimiento (V_i), incidentado va a insistir en su desobediencia. Si el accionante promueve nuevamente un trámite incidental como consecuencia de la continuidad en la inobservancia de la orden de amparo el Juez decreta la segunda sanción (q_2) con un valor (p_2) significativamente más alto que la sanción anterior. Si el infractor estima que sigue siendo más valiosa la ventaja conseguida con el incumplimiento (V_i), va a preservar su postura desobediente. Finalmente, si en el curso de un tercer incidente de desacato el juez dicta la sanción (q_3) con un incremento sustancial del valor (p_3) y si el precio a pagar por su desobediencia es igual al valor obtenido del incumplimiento (V_i). El responsable de la orden procede a cumplir la tutela, pues su conducta no representa ningún beneficio y, por el contrario, estima que eventualmente el costo va a superar el beneficio si continúa desatendiendo la orden de tutela. Esta relación se observa en la curva (B) (*ver gráfica I*). Por otra parte, si el operador judicial en un primer momento aplica una sanción (q_1) con un valor (p_3), es decir, igual al valor obtenido con el incumplimiento (V_i), el responsable ajustará su conducta en atención de la orden de tutela desde la primera sanción. Además, el actor con posterioridad del trámite no se alejará de su obligación, ya que incurrir nuevamente en un incumplimiento lo llevaría a pagar una sanción (q_2) bajo un precio (p_4) considerablemente superior al beneficio conseguido, tal y como lo exhibe la curva (A) (*ver gráfica I*).

El infractor tiene la capacidad de reunir la información suficiente para estimar costo-beneficio de su incumplimiento y, razonablemente, tomar una decisión en provecho propio. Principalmente

porque la estructura del incidente de desacato lo permite así. El incidentado puede esperar hasta que el juez decreta el desacato y dicte orden de multa o arresto y, en ese momento, estimar el valor que representa la sanción impuesta. Si llega a resultar más benéfico proceder conforme la orden de amparo, el incidentado dará cumplimiento con posterioridad a la decisión judicial de desacato, pero con antelación a la etapa de consulta ante el superior jerárquico. Pues la decisión que decreta desacato debe ser revisada en grado jurisdiccional de consulta, para ello se tienen tres (3) días (Consejo de Estado, Sala Contenciosa, Sección Primera, sent. Consulta desacato, exp. 2015-01609-01, 2017). En esa oportunidad, el incidentado puede tomar la decisión de cumplir el fallo de tutela e informar dicha novedad al juez de consulta con el fin de revocar la sanción o si, ya fue confirmada, acudir al juez de tutela para que no ejecute la medida de arresto y multa acreditando el acatamiento de la orden de amparo (Corte Constitucional, sent. T-512, 2011).

Justamente, una sanción con un bajo valor lleva al infractor a preservar su conducta desobediente respecto de la orden de tutela, especialmente porque resulta más rentable separarse de la obligación que atenderla. Una sanción ulterior como resultado de la reticencia del infractor integra, hasta ese momento, el costo total que debe pagar por su negativa a lo dispuesto en el fallo de tutela. Entonces si el valor obtenido del incumplimiento (V_i) es una ventaja patente lograda en un momento definido sin un incremento marginal en el tiempo, el balance beneficio-costos se ve comprometido por las sanciones sucesivas, es decir, la primera sanción (q_1) con un valor (p_1) es apreciada por el responsable junto con la sanción posterior (q_2) y el valor (p_2). De manera que, $p_1 + p_2$ representa el aumento total del costo que debe asumir el infractor con relación a un beneficio fijo. Si el valor (p_1) más el valor (p_2) componen un costo igual o mayor al beneficio logrado con el incumplimiento (V_i), el infractor da cumplimiento a la orden de

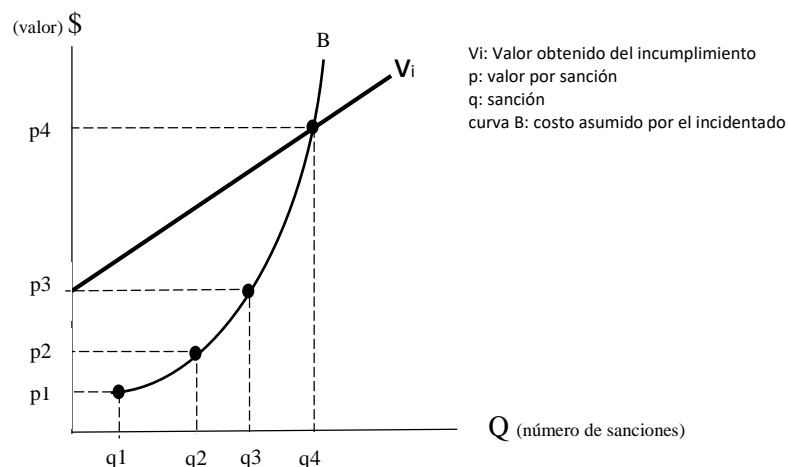
amparo. En suma, si $p_1 + p_2 \geq V_i$ el responsable ajusta su conducta si y, solo si, el beneficio no tiene un incremento marginal en el tiempo (*ver gráfica II*).



La *gráfica II* expresa que el valor de (p_1) más (p_2) , es decir, $(p_{1,2})$ puede ubicarse tanto por encima como por debajo del valor obtenido del incumplimiento (V_i). Si $p_{1,2} > V_i$ el incidentado procede a dar cumplimiento, por el contrario, si $p_{1,2} < V_i$ el incidentado continuara infringiendo la orden de amparo. El responsable de la obligación escoge si cumple o no, sin que para ello aguarde por el eventual escenario de una sanción (q_3) bajo el valor (p_3), pues basta con valorar la primera sanción con la segunda para saber si el costo de su comportamiento supera el beneficio alcanzado. De ser afirmativa la respuesta, el incidentado procede conforme la orden de tutela y solicita la inejecución de la segunda medida de arresto y multa (q_2). Así, por ejemplo, quien solicita por vía de tutela el pago de los últimos salarios pendientes (30 smlmv) de una relación laboral legalmente terminada, con el fin solicitar el amparo del derecho al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, argumentado que el proceso adelantado en contra del

empleador en la jurisdicción ordinaria especialidad laboral es demorado y que, por lo tanto, invoca la tutela como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable. Frente a lo cual el juez de tutela admite y ampara el derecho al mínimo vital y vida en condiciones dignas, ordenando para el efecto el pago de los salarios requeridos. El empleador, a pesar de su obligación legal, opta por conservar en su poder los salarios. Pues es rentable para él preservar ese dinero por un tiempo. Con fundamento en la desobediencia del empleador el accionante solicita la apertura de un trámite incidental, el cual culmina con una multa de 3 smlmv y 1 día de arresto. Frente a esto, el incidentado considera que la sanción impuesta no representa un valor muy alto y prefiere el beneficio que le reporta el dinero de los salarios. Luego el accionante promueve nuevamente el incidente de desacato a causa de la renuencia del responsable, sin embargo, en esta ocasión el juez dicta una sanción de 5 Smlmv y 1 mes de arresto. Bajo esta nueva situación el infractor realiza una estimación de la primera sanción junto con la última para tomar la decisión de devolver o no los salarios. Él observa que las multas en su totalidad suman 8 smlmv, pero la medida de arresto incrementó significativamente de 1 a 30 días lo que es valorado por el responsable como un precio muy alto a pagar por el dinero que retiene. En dicho contexto el accionado entrega los salarios con anterioridad a la ejecución de la segunda sanción para evitar ese mayor costo.

Como se expuso, la suma de las sanciones proyecta un valor que interviene en el balance del beneficio obtenido, pero esto solo es posible cuando la ventaja no experimente un incremento marginal. En cambio, si esto llega a ser así, el incremento marginal del valor alcanzado con el incumplimiento (V_i) solo podrá ser influenciado por un costo mayor en la sanción subsiguiente.



GRÁFICA III

El incremento marginal del beneficio obtenido con el incumplimiento (V_i) debe confrontarse individualmente con la sanción impuesta (q_1, q_2, q_3, q_4). Específicamente el infractor analiza cada sanción respecto del beneficio marginal alcanzado en ese momento (*ver gráfica III*). Para explicar este planteamiento, retomemos el ejemplo del empleador renuente a entrega los salarios y agreguemos la particularidad de que destinó los dineros a un fondo de inversión sumamente rentable con un rédito semanal de 5 smlmv. Si el operador judicial estima una sanción con un valor inferior al de los salarios retenidos más los réditos, no constituirá persuasión suficiente para el responsable. Lo mismo sucede con las sanciones subsiguientes si no alcanza al beneficio inicial más el incremento marginal. En este escenario, puede suceder que el juez consciente del provecho inmediato obtenido por el empleador para la época de ignorar la orden de amparo (30 smlmv), dosifique la sanción (q_3) en razón de esa ventaja con un valor (p_3) lo que induciría al empleador a devolver los salarios en un primer momento. No obstante, a causa del tiempo transcurrido entre la sanción (q_1) y la sanción (q_3) el infractor recaudó un valor mayor al beneficio inmediato. El empleador se inclina razonablemente por insistir en la inobservancia de la orden de amparo, pues representa mayor rentabilidad incumplir la orden. Esta observación es importante para el juez, ya que percibir la rebeldía del incidentado con la sanción que lo habría

pág. 52

persuadido y no lo hizo, identifica la existencia de un incremento significativo sobre la rentabilidad obtenida con su incumplimiento. Con base en este nuevo razonamiento el juez ordenará una sanción (q4) con un incremento considerable del valor (p4) (*ver gráfica III*).

Los planteamientos desarrollados hasta aquí exponen el comportamiento previsible, racional y maximizador del responsable frente al incidente de desacato. No incluye instrumentos jurídicos que busquen responsabilizar penal o disciplinariamente al infractor. Puntualmente se estudia la suficiencia del incidente de desacato para persuadir por sí mismo al responsable de la orden. En este sentido se ha señalado que la función persuasiva del incidente de desacato se encuentra vinculada al beneficio logrado y la sanción impuesta. Pues el incumplimiento representa un valor para el infractor de la orden, de no ser así el responsable da cumplimiento oportunamente. El operador judicial debe indagar cuál es ese valor o ventaja obtenida por el infractor, con el fin de modular y elegir la medida que persuada efectivamente al incidentado, quien de ser racional espera a que dicten la sanción para decidir entre obedecer o no, especialmente porque hasta ese momento conoce cuál es el precio de su comportamiento y, si lo decide, dar cumplimiento a la orden e informar de esta situación al juez de tutela. Si la decisión se encuentra en grado jurisdiccional de consulta, comunicar al juez de consulta el cumplimiento de la orden para que levante la sanción.

Así como se espera que cualquier persona se aleje de un costo excesivo, el sistema normativo estipula costos mayores por conductas violatorias de la ley. Pero también, el infractor contempla la alternativa de no recibir castigo por su comportamiento aun siendo consciente de los costos esperados. El actor contempla la probabilidad de eludir la sanción y examina si con una posición fuera de su deber legal recibe una rentabilidad específica respecto de la probabilidad de asumir el costo de su infracción. Sobre este punto Posner Richard (1998) menciona que si la probabilidad

de ser atrapado es menor que uno (1), el infractor no solo valora el costo esperado con la ganancia obtenida, también descuenta esa probabilidad de ser atrapado o sentenciado (p.220). El responsable de la obligación estima el beneficio que lograría si se aparta de una disposición legal, administrativa o judicial sin que, para ello, sea atrapado. Por aquel motivo y con el propósito de persuadir se requiere de sanciones más severas. En efecto, Posner señala que el castigo óptimo se puede representar así $D = L / p$, donde (L) es el daño efectivamente causado, (p) es la probabilidad de ser atrapado o sentenciado, y (D) el castigo óptimo. En ese orden, si la probabilidad de ser atrapado o sentenciado es igual a uno, es decir, en todos los casos probables el infractor siempre debe responder por su conducta, el castigo óptimo es igual al daño causado $D = L$. Por el contrario, si la probabilidad es menor que uno, el castigo óptimo va a ser mayor que el daño causado y, solo así, se equilibra el costo con los eventos en los que el infractor salga librado.

Identificar esa probabilidad en el incidente es una tarea incierta, básicamente porque lo esperado por el infractor es evitar ser sentenciado con la medida de multa y arresto, pues es indiscutible su obligación de atender la orden de tutela y su identidad es conocida. El responsable no contempla la probabilidad de no ser atrapado, solo observa la probabilidad de que el trámite que se adelante en su contra no resulte en sanción. Bajo esta idea, el responsable de la orden de amparo incumple la obligación esperando que no se adelante ningún trámite y en caso de ser así, aprecia la probabilidad de no ser sancionado si lleva a cabo el litigio. Si el infractor no ajusta su comportamiento previa apertura del trámite incidental, es porque confía en la probabilidad de salir librado. Pese a esto, hacer una aproximación de la probabilidad del infractor de salir indemne es imposible, porque el incidentado racional prefiere esperar la decisión del juez y, en el caso de estimar que el costo es elevado, simplemente atiende la orden y solicita la inejecución de

las medidas o informa al juez de consulta sobre el cumplimiento. En cambio, si la decisión es definitiva independientemente del cumplimiento posterior del responsable y confirmada en instancia de consulta, es factible que el juez pueda elaborar una idea de las probabilidades supuestas por el infractor para librarse e imponer sanciones óptimas con relación al daño causado por el infractor. No obstante, en este último evento, la sanción se ejecuta y el responsable da cumplimiento para evitar una sanción futura.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho el incidente de desacato no persuade por sí mismo a través de la advertencia de causar un mal mayor, sino por la sanción efectivamente dictada. A partir de allí el infractor valora si obtiene o no ventaja con su comportamiento indócil y, como se ha repetido, toma la decisión de tolerar el costo de su desobediencia o preceder conforme la orden de tutela solicitando la inejecución de la medida de arresto y multa.

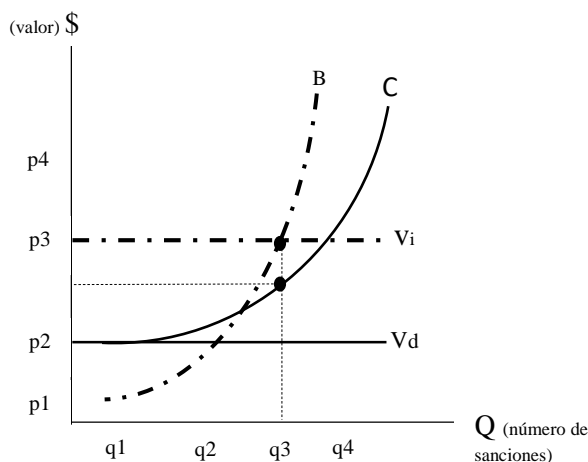
Por otro lado, un comportamiento fuera de la ley incluye un costo social, entendido como el costo que representa para terceros una actividad, conducta o transacción específica. Desde luego, los costos sociales no solo pertenecen a la órbita exclusiva del incumplimiento de una obligación legal, también atañen al área de actividades lícitas y cotidianas. Ronald Coase (1988) señala que en muchas ocasiones una actividad productiva realizada dentro de parámetros legales puede, aunque no sea deseado, causar una menor valía para otra. Así, por ejemplo, la actividad ganadera de un individuo que impide los cultivos en predios colindantes. Esta misma situación se da en transacciones e, incluso, respecto de valores distintos al dinero como la salud, en el caso de una empresa que emite humo cerca de un conjunto residencial (p.122-123). La conducta que se haya por fuera de la ley conlleva un costo para la víctima, el estado y terceros, de manera que el infractor debe pagar un precio, castigo o sanción por los mayores costos provocados a los demás.

Por ello el ordenamiento debe contemplar trasferencias coercitivas, donde el infractor debe entregar coercitivamente el valor del daño y asumir el castigo de su comportamiento (Posner R, 1998, p.213).

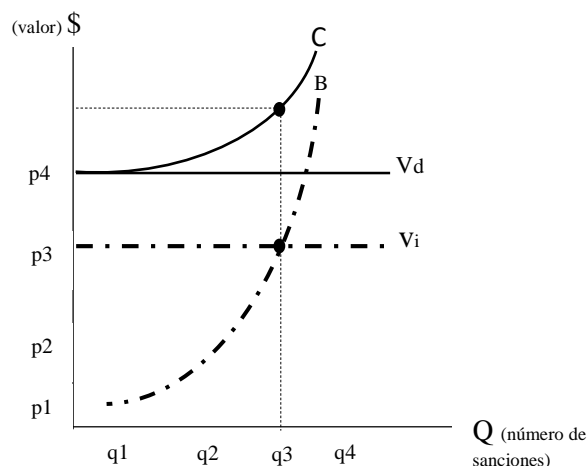
El Estado debe asegurar los derechos que ha reconocido sobre sus miembros. Ya sea, mediante reparación o desincentivo de conducta ilícitas. Guido Calabresi (1972) precisa que “*el poder hace derecho*”, quien ostente poder tiene derecho a establecer sus preferencias sobre los demás, puede imponerse sobre el más débil. En las sociedades contemporáneas el poder recae en el Estado y éste, a su vez, reconoce derechos individuales y colectivos a su población, los cuales protege (p.349). El Estado solo interviene en lo que resulta estrictamente necesario para garantizar los derechos de sus miembros, pues su intervención conlleva un costo administrativo. Si el Estado se entromete en todo, resulta muy costoso e ineficiente en términos administrativos. De allí que, Calabresi señala la existencia de tres tipos de derechos para conocer cuándo se debe intervenir: (i) derechos protegidos por reglas de propiedad; (ii) derechos protegidos por reglas de responsabilidad y; (iii) derechos *inalienables*. En ese orden, el estado garantiza los derechos protegidos por reglas de propiedad asegurando que estos derechos solo pueden ser transados por voluntad de su titular a cambio del valor deseado (menor nivel de intervención estatal); Los derechos protegidos por reglas de responsabilidad establecen la posibilidad de compensar con un valor objetivo de la destrucción de un derecho (hay intervención estatal para establecer ese valor); finalmente, los derechos *inalienables* son aquellos que no se pueden transar, no se pueden vender, la asignación de estos derechos es regulada y limitada por el estado (mayor nivel de intervención estatal).

Sobre esta cuestión se aborda el costo del incidente de desacato acerca de los derechos *inalienables*. La vulneración de los derechos fundamentales e inalienables envuelve un costo

para su titular y la prolongación de esa situación incrementa su agravio. Antes que retribuir el comportamiento del agresor, el interés principal del afectado es restablecer su derecho. Frente a esto, promover el incidente de desacato obliga a la víctima a recurrir a la amenaza de una sanción para persuadir al responsable. De suerte que si la medida no representa mayor costo para el infractor con relación a los beneficios obtenidos del incumplimiento, no es razonable proceder conforme la orden de amparo, lo que deriva en la continuidad de la vulneración del derecho fundamental. El costo para el titular de los derechos agraviados asciende a medida que se mantiene la desobediencia del responsable. En ese sentido, el cumplimiento tardío ya es de por sí un costo mayor para la víctima. Mientras el infractor maximiza su beneficio en razón de los costos, el titular del derecho vulnerado soporta los costos de la desobediencia. Por tratarse de derechos inalienables debe existir mayor nivel de intervención estatal y no restringir su garantía a la persuasión del responsable incrementando los costos para la víctima.



GRÁFICA IV



GRÁFICA V

Vi: valor obtenido del incumplimiento.
p: valor por sanción.
q: sanción.
Vi: valor obtenido por el infractor con el incumplimiento.
Vd: costo inicial de la violación del derecho.
curva B: costo asumido por el incidentado.
curva C: costo asumido por la víctima.

Observando la *gráfica IV* se halla que la curva (C) representa el costo arrojado por la víctima incrementa a medida que se prolonga el incumplimiento de la orden de amparo. Dicho costo continúa en ascenso hasta que se restablece el derecho. De otra parte, el incidentado solo atiende la orden de amparo hasta el momento de confluencia de los costos -curva (B)- respecto del valor obtenido por el incumplimiento de la orden de amparo (V_i). Para ese momento el costo arrojado por la víctima -curva (C)- se encuentra por encima del costo inicial de la violación del derecho (V_d). Lo anterior, da lugar a una desproporción en el balance de costos del titular de los derechos vulnerados y el infractor. Principalmente porque al momento de obedecer la orden de amparo, el responsable es indiferente a los costos asumidos por la víctima (*ver gráfica IV*).

Aun cuando el valor del agravio sea mayor que el beneficio obtenido por el infractor, el costo asumido por el titular de los derechos agraviados continúa siendo diferencialmente superior cuando el responsable atiende la orden de amparo. No importa que el costo inicial de la violación del derecho (V_d) se ubique por encima del valor obtenido por el incumplimiento de la orden de amparo (V_i). El accionante va continuar asumiendo costos mayores hasta que el incidentado proceda a dar cumplimiento, quien solo obedece cuando el costo de su comportamiento alcanza el beneficio, creando un desequilibrio de costo-beneficio. La víctima asume mayores costos que el responsable (*ver gráfica V*).

Durante el trámite también existe una asignación desmedida de costos. El incidente de desacato principia con la solicitud del interesado, quien debe motivar por escrito el incumplimiento del fallo de tutela y aporta la evidencia que respalda su afirmación. Luego debe esperar el requerimiento del juez de tutela dirigido al responsable solicitando el cumplimiento de la orden o si, es el caso, las razones que dan cuenta de su incumplimiento. Dependiendo de la respuesta el juez dicta el auto de apertura del incidente de desacato con el propósito llevar a cabo la etapa

probatoria y contradicción (Sent. T-271, 2015). En lo que dura el trámite el titular del derecho soporta los costos relacionados con el desarrollo del proceso y el incremento del agravio por la prolongación injustificada del incumplimiento. Uno de los temas más debatidos del incidente de desacato ha sido la duración del trámite, tanto así que solo en el año 2014 la Corte Constitucional replanteó el término de este instrumento jurídico (*ver §capítulo I, título 7.3*). Rojas Sánchez (2013) sostiene que el incidente de desacato carece de sentido en términos de eficiencia a causa de la prolongación indebida del trámite, se extiende indefinidamente volviendo nugatoria la protección de los derechos tutelados (p.30). Esta situación fue ventilada ante la Corte Constitucional sentencia C-367 de 2014, donde resolvió que el término del incidente de desacato es el mismo que se tiene para la acción de tutela (10 días). Este instrumento jurídico sitúa a la víctima en una posición de inseguridad sobre el cumplimiento de la orden y con desproporción de costos. El incidente no es una garantía de obediencia, solo es una herramienta de persuasión. La demora en el cumplimiento representa un mayor costo para la víctima.

Guido Calabrisi (1972) advierte que el Estado debe elegir la mejor forma de asignar los derechos atendiendo criterios de: *eficiencia, objetivos distributivos y razones de justicia*. La asignación se hace por motivos de *eficiencia* cuando se buscan menores costos administrativos con relación al cumplimiento de los derechos. Es la mejor asignación de recursos que de otra forma no se aprovecharían. Los derechos deben ser distribuidos de tal manera que requieran la menor intervención y gasto administrativo posible. Sin embargo, asignar los derechos bajo este criterio implica dejarlos a quien mejor pueda hacerse con ellos por cuenta propia. Los individuos con mayor habilidad, inteligencia y fuerza tendrían más derecho que los demás. En este escenario los costos de administración de los derechos son bajos y se refleja en un alto costo para los perdedores. Si la asignación inicial de los derechos en cabeza de alguien no empeora la situación

de otro ni acarrea costos a terceros, existe incremento del valor para las partes y la distribución de los derechos es planamente eficiente. Pero esto solo es posible cuando no hay costos de transacción, lo que en el mundo real no es posible porque siempre hay costos de para terceros. Hablar de *eficiencia* bajo la presencia costos sociales implica puntualizar su asignación de la siguiente manera: los costos deben ser administrados por quien tiene la mejor capacidad para evitarlos de la forma más barata y deben situarse en la parte que mejor capacidad tenga para analizar el costo-beneficio. En ese sentido pueden optimizarse los beneficios con relación a los costos (Calabresi G & Melamed A, 1972, p.352-357).

Los *objetivos distributivos* hacen alusión a la repartición de riqueza. Una sociedad debe distribuir los recursos de acuerdo con los intereses y necesidades relativas de sus integrantes. Sin embargo, hacerlo bajo criterios de igualdad absoluta implica que todos fueran idénticos en facultades, capacidades y habilidades para acceder a los mismos bienes y compartir los mismos intereses o que, por lo menos, se impongan mayores cargas sobre quienes obtienen más que los demás con el fin de equilibrar la balanza. Es imposible establecer una igualdad perfecta, lo que no impide distribuir la riqueza en razón de lo más favorable para la sociedad. Si las personas obtienen bienes con valor para la sociedad, aseguran el goce de ciertos valores mínimos e inalienables como educación, vestuario, integridad física y maximiza las posibilidades de los individuos de acceder a más bienes. Los *objetivos distributivos* atienden a un razonamiento distributivo a favor de la sociedad (Calabresi G & Melamed A, 1972).

Las *otras razones de justicia* son aquellos criterios de asignación de los derechos que no pueden ser explicadas desde la óptica *distributiva* o de *eficiencia*. Bajo esta idea, la justicia es una noción amplia e incluyente. Si bien es razonable pensar que los motivos de *distributivos* o de *eficiencia* son parte de la justicia, también comprende la existencia de preferencias que no pueden ser

explicadas a partir de esos criterios. Las personas dentro de un grupo social tienen prioridades colectivas específicas o inclinaciones por una posición idiosincrática particular.

Con base en los criterios precedentes se repara sobre el cumplimiento de la asignación eficiente, distributiva y justa de los derechos al interior del incidente de desacato. Esta herramienta para garantizar los derechos fundamentales traslada costos al titular del derecho vulnerado, sin que pueda estimar beneficio alguno. En contraste, el infractor si puede estimar razonablemente los costos y beneficios en provecho propio. Ello representa la falta de eficiencia en términos de Calabrisi, pues no hay una distribución de costos a cargo que quien mejor pueda manejarlos. El incidente de desacato tampoco atiende *finés distributivos* pues existe desigualdad entre la oportunidad de la víctima para obtener el restablecimiento de sus derechos y la maximización de beneficios obtenido por el infractor. No hay un incremento del valor para la sociedad, por el contrario, incentiva el irrespeto por los derechos fundamentales y refleja menor valía para los derechos de quien sufre el agravio.

2.1.2. Idoneidad Del Incidente De Desacato:

La idoneidad armoniza los medios con los fines, primordialmente porque en términos económicos debe existir una elección adecuada de recursos para lograr los objetivos deseados. Sobre este aspecto, Robbins Lionel señala que la economía estudia el comportamiento humano como la relación entre fines y medios escasos. Las cuestiones planteadas ante la sociedad deben ser resultas en uso de los recursos disponibles (Robbins L, 1934).

Con especial importancia la idoneidad juega un papel crucial en el campo del derecho. Robert Alexy subraya la optimización de las posibilidades jurídicas a partir de la individualización de un principio concreto en relación con otro. Para ello se debe calificar la obtención óptima del fin

perseguido con relación al principio sopesado, debe existir una relación adecuada entre los medios y los propósitos, pues lo que se busca es la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Bajo esta idea se intenta reducir los costos que puedan incidir en los derechos involucrados (Alexy R, 2009).

La idoneidad responde a las preguntas ¿Cómo se alcanzan los objetivos? ¿Cuál es el camino idóneo? La forma o recorrido que se debe llevar a cabo para lograr el fin propuesto. La idoneidad se mide por la optimización de los recursos necesarios para obtener el resultado deseado, es un concepto modal que señala el método para alcanzar un destino concreto (Vaquer C, 2011, p.101). Una norma puede ser considerada como idónea si alcanza el resultado deseado con un número mínimo de medios o si con los medios empleados se logra un mayor grado del resultado previsto. De allí que la noción de idoneidad sea relacional, enfrenta la aptitud de los medios con los objetivos (González O., 2003, p.57).

Bajo esta orientación evaluar la norma entraña: i) Proyectar los costos-beneficios que se obtendrán con la entrada en vigor de la norma; ii) Observar lo efectivamente obtenido y; iii) Comparar lo proyectado con lo realmente logrado (Pavó A, 2016). Una disposición normativa es ineficiente si los costos judiciales, administrativos, económicos y sociales superan los beneficios obtenidos. La eficiencia no solo es un estudio cuantitativo de costos-beneficios, sino también un examen cualitativo de idoneidad entre el método y el resultado. En concreto, la idoneidad es la orientación de los medios para alcanzar el fin previsto (Ihering, 2000, p.300).

Ahora bien, la idoneidad del incidente de desacato está vinculada con los medios coercitivos y la persuasión efectiva del responsable de la orden de amparo, activa el aparato coercitivo del estado para conseguir el cumplimiento de la orden de tutela. El incidente de desacato se vale de la

amenaza para lograr obediencia y restablecer el derecho, utilizando la sanción como una forma de llevar al convencimiento (C.S.J, Sala de Decisión de Tutelas, sent. Consulta exp. 88814, 2016). Se trata de intimidar a la persona renuente para que ajuste su comportamiento conforme a los parámetros del fallo de tutela. El incidente solo está destinado para quienes con su conducta y responsabilidad desatendieron la providencia (Sent. T-271, 2015).

La premisa *el incidente de desacato es instrumento persuasivo*, supone la aptitud de la medida de arresto y multa como recursos de convencimiento. Particularmente la pregunta ¿La amenaza es un medio adecuado para obtener obediencia? Fue una cuestión afirmativa para el legislador en el momento de establecer las medidas sancionatorias descritas en el artículo 52 del Decreto 2591. El utensilio principal es la amenaza y da espacio al discernimiento del infractor, quien bajo debe elegir acerca de cumplir o no la orden impartida. Desde luego parte del razonamiento *nadie en sano juicio elige recibir un perjuicio mayor*. Las personas ajustan su comportamiento para evitar cualquier daño contra sí mismo.

En atención de lo que se ha dicho, es necesario abordar el estudio de idoneidad a partir de la aptitud de los medios empleados por el incidente de desacato para obtener el cumplimiento de la orden de amparo. Es decir, la suficiencia de los recursos coercitivos para persuadir el cumplimiento. De otra parte, la capacidad del procedimiento incidental para alcanzar el restablecimiento del derecho.

a. Recursos Coercitivos: Idoneidad y Suficiencia:

“(…) El accionante manifiesta encontrarse retenido, en estado de acuartelamiento desde el pasado diez de julio de 2017 en instalaciones de la Policía Nacional en la Ciudad de Bogotá D.C, a causa de más de 600 sanciones por desacatos a fallos de tutela en contra de la entidad que representa, CAFESALUD, que sumadas resultan en más de 6 años (…)”

Juzgado 8 Administrativo de Oralidad del circuito de Bogotá D.C, sent. exp. Sin asignación de número., Habeas Corpus. Proferida el día 23 de Julio de 2017.

Como se expuso en el §capítulo II, el desacato es un instrumento jurídico de naturaleza disciplinaria y de carácter coercitivo. Una herramienta diseñada para obtener el cumplimiento de la orden de tutela a través la coerción, cuyo objeto es el cumplimiento del fallo de tutela. El desacato advierte causar un mal a quien no cumpla y despierta temor para corregir la conducta del infractor.

Existen dos recursos coercitivos de contenido sancionatorio en el incidente de desacato. El primero es de carácter patrimonial, castiga al infractor en su fortuna con una sanción pecuniaria de hasta 20 smlmv; El segundo restringe la libertad, consiste en una medida de *arresto* de hasta 6 meses de índole provisional (Corte Constitucional, sent. T-411, 2015). Las medidas privativas de la libertad son utilizadas ampliamente en el marco jurídico de acuerdo con el campo del derecho. Así, por ejemplo, desde el punto de visa penal el *arresto* es una medida preventiva que se impone mientras se adelanta el proceso en aquellos casos donde el procesado represente un riesgo para la sociedad, también se emplea en esta campo para asegurar la comparecencia del inculcado al proceso (Sarza C, 2015, p.41-43). En la órbita administrativa la medida de *arresto* esta proscrita, ninguna autoridad administrativa tiene la facultad de limitar la libertad de los ciudadanos, es una

potestad que se reserva exclusivamente a las autoridades judiciales (Corte Constitucional, sent. T-364, 1996). La medida de arresto contemplada en el decreto 2591 es de naturaleza correccional, no penal. Tiene por objeto la obediencia en uso de la privación temporal de la libertad de hasta por seis meses. En ningún caso, esta medida adquiere la connotación punitiva y reivindicatoria propia de la sanción penal (Cueto E, 2012, p.176). Desde luego el juez en uso de sus facultades disciplinarias debe respetar el derecho sancionatorio, según el cual las medidas correctivas deben ser aplicadas cuando se acredita el incumplimiento y negligencia probada del accionado (C.S.J, Sala de Casación Laboral., sent. Consulta desacato, exp. N° T 49502).

La postura que reposa en la intimidación para obtener el cumplimiento enflaquece cuando se observa la libertad del accionado para ceder o no ante la amenaza. Quien se encuentra resuelto a incumplir no lo persuade el aparato coactivo. Sobre este aspecto, la debilidad del incidente de desacato encadena situaciones nocivas para el titular del derecho vulnerado. Si el infractor es sancionado y en lo sucesivo continúa con su rebeldía a pesar de sanciones subsiguientes, prolonga el agravio del derecho amparado sin su restablecimiento efectivo. La imposición sucesiva de sanciones para obtener el cumplimiento desfigura la naturaleza y propósito del incidente de desacato. Este instrumento puede ser impulsado tantas veces como personas afectadas halla y en repetidas ocasiones como reincidencias ocurran. Existe el riesgo de que el volumen de incidentes promovidos supere la capacidad de respuesta del accionado y desenlace con la masiva de sanciones, mientras el agravio de los derechos tutelados se perpetua indefinidamente. Sobre este punto se refleja la insuficiencia del aparato coactivo para asegurar la observancia de la orden de tutela.

De lo anterior dio cuenta el caso del Gerente de Defensa Judicial de la disuelta E.P.S CAFESALUD, quien fue detenido por la Policía Metropolitana de Bogotá D.C en cumplimiento de las medidas de arresto proferidas por diferentes juzgados de la República. Las medidas de arresto en su contra sumaban en total dos mil cuatrocientos (2400) días. En Este caso el Juzgado Octavo (8) de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C asumió conocimiento de la acción de Habeas Corpus interpuesta por el Gerente de Defensa Judicial de CAFESALUD E.P.S, quien solicitó la suspensión las sanciones en su contra, en tanto se resuelva la acción de Habeas Corpus incoada. En dicha oportunidad, el funcionario de CAFESALUD E.P.S señaló que la ejecución de las sanciones compone más de ochenta (80) meses de arresto, lo cual devine en una privación efectiva de la libertad y en una medida de seguridad imprescriptible. Ello viola el artículo 28 de la Constitución Política donde se dispone la prohibición de medidas de seguridad imprescriptibles. El accionante hizo especial énfasis en la desnaturalización del desacato como consecuencia de la ejecución matemática de todas las sanciones, sumadas se convierten en una verdadera pena y se alejan de la filosofía que orienta el incidente de desacato (Juzgado 8 Administrativo, circuito de Bogotá D.C sent. Habeas Corpus, 2017).

Sobre esta cuestión, el Juzgado Administrativo resolvió la petición de Habeas Corpus exponiendo los eventos donde se determina si se ampara o no la libertad. Para esto se observan los casos donde la privación de la libertad es contraria al ordenamiento jurídico:

i) Cuando la retención no cumple con las garantías legales y constitucionales; ii) Cuando la detención se prolongue ilegalmente y; iii) En aquellos eventos donde la decisión judicial ordena la privación de la libertad bajo una motivación evidentemente irracional y contraria a derecho -ley 1095 de 2006, ley estatutaria de habeas corpus-. El juzgado

identificó que si bien las providencias de arresto no son ilegales, su aplicación conjunta deviene en la prolongación ilegal de la detención. Para soportar este planteamiento, el juzgado acudió a una decisión tomada por el Tribunal de Cundinamarca en un caso análogo, donde se afirma que la finalidad del incidente de desacato es el cumplimiento, y en todo momento debe perseguir este fin superior. Sin embargo, la agrupación de sanciones que privan al accionante de su libertad haría imposible y, cuando menos, dispendioso el cumplimiento de la orden de amparo. De allí que el tribunal afirmara “*en pro de los pacientes a quienes les conviene más recibir el servicio amparado que el castigo del representante de la entidad tutelada*” (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera, sent, acción no° 2016-023). En ese orden el Juzgado amparó el derecho de Habeas Corpus y decreto la suspensión por seis (6) meses las órdenes de arresto.

Sobre este aspecto fue más allá el Gerente de la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL-, quien interpuso acción de tutela en contra de distintas autoridades judiciales que lo habían sancionado por desacato. En esta oportunidad, el alto directivo de la entidad solicitó amparo de sus derechos a la libertad personal, al debido proceso y a la igualdad. En instancia los jueces de tutela negaron el amparo solicitado. No obstante, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional asumió el examen conjunto de las decisiones y concediendo el amparo de los derechos reclamados. En esta ocasión, el gerente de CAJANAL argumentó que no desconoce la validez de las órdenes de tutela interpuestas por los peticionarios de las diferentes prestaciones económicas a su cargo, tales como, pensiones, cesantías, seguros de vida, auxilios funerarios, entre otras. Sin embargo, afirma que son improcedentes las sanciones dictadas en su contra, principalmente porque

no tienen en cuenta el problema estructural en el que se encuentra la caja de previsión, pues se ha constituido una situación de crisis permanente respecto del volumen de asuntos que se deben tramitar. Es tal la dimensión que es *“humana, legal y físicamente imposible dar cumplimiento a las órdenes de tutela impartidas en contra de Cajanal dentro de los términos perentorios de las 48 horas siguientes al fallo de tutela”* (Corte Constitucional, sent. T-1234, 2008). Continuando en su razonamiento el funcionario expuso que las sucesivas medidas de arresto no contribuyen a solucionar el problema estructural que afronta la entidad, por el contrario, lo dejan imposibilitado para atender las distintas órdenes por tratarse de medidas privativas de libertad. Los incidentes su contra violan el debido proceso por cuanto dictaron medidas de arresto y multa con la sola comprobación del incumplimiento, no llevaron a cabo un análisis de responsabilidad subjetiva

La Corte Constitucional le dio la razón al Gerente de CAJANAL en sentencia T-1234 de 2008. Allí, la Corporación advierte la violación al debido proceso argumentando que los distintos juzgados decretaron el incidente de desacato sin tener en cuenta las circunstancias originarias de incumplimiento. Se destacaron las fallas estructurales y financieras que históricamente ha enfrentado la caja de previsión y que, desafortunadamente, subsisten en la actualidad. Dicha crisis se ve intensificada por el extenso volumen de trabajo y la incapacidad de la entidad para atender oportunamente las solicitudes. Además, la existencia de procedimientos dispendiosos para resolver las peticiones, en especial las relativas al reconocimiento de pensiones, comporta una incapacidad generalizada de CAJANAL para responder a los afiliados en los términos dispuestos en los fallos de tutela.

La Corte reseñó que en el año 2007 la entidad avisaba 41.000 solicitudes acumuladas. El incumplimiento de las distintas peticiones no tiene su origen en la actitud deliberada y culpable del destinatario de la petición ni en errores de respuesta, así como tampoco en procesos ineficaces. Por el contrario, es una cuestión de problemas estructurales, situación completamente ajena a la voluntad del funcionario. Bajo este panorama la corte subraya la insuficiencia del amparo y del incidente para resolver el estado de cosas institucionales en el que se encuentra CAJANAL. Inclusive, las sanciones se pueden convertir en parte del problema incrementando la demanda de respuesta.

Enfocar individualmente la protección de los derechos comporta un desgaste para la entidad destinataria de la petición sin que, para ello, se resuelva el problema generalizado. En ese caso la tutela se convierte en un paso más del trámite que cada individuo debería adelantar para impulsar su petición y, de ser así, implica para la entidad dar prioridad a quienes interpusieron acción de tutela. Bajo estas circunstancias se compromete el derecho a la igualdad con la preferencia de unos sobre otros. La Corte señaló que ante la existencia de problemas estructurales, es necesario disponer de un plan de acción y de un término razonable para resolver las exigencias y obligaciones a cargo de CAJANAL.

La Corte también recordó que la naturaleza del incidente de desacato es de carácter disciplinario, exige comprobar la responsabilidad subjetiva del infractor. El simple incumplimiento no es suficiente para sancionar, se debe comprobar la culpa o el dolo. Por ello, el juez debe otorgar al incidentado la oportunidad de acreditar el cumplimiento o argumentar los motivos por los cuales no ha procedido conforme la orden de tutela. No existe responsabilidad cuando se está en presencia de circunstancias ajenas a la voluntad del accionado. En lo particular, no procede el desacato cuando hay problemas

estructurales, pues esta situación excluye la responsabilidad subjetiva (Corte Constitucional, sent. T-1234, 2008). Bajo esta línea la Corte Constitucional indicó la inexistencia de responsabilidad imputable al Gerente de CAJANAL a título de dolo o culpa, dada la existencia de una dificultad institucional que impide dar oportuno cumplimiento. La Corte no atacó la validez de las providencias proferidas en instancia de tutela por las distintas autoridades judiciales, bajo el entendido de que las actuaciones se ajustan a derecho y observan las garantías mínimas procesales. Los diferentes fallos de tutela no fueron revocadas porque los jueces no tenían la posibilidad de observar las especiales circunstancias que atraviesa CAJANAL. La crisis estructural de la entidad no podía ser apreciada en cada caso concreto, lo que llevo a los jueces a incurrir en “*vía de hecho por consecuencia*”. Es decir, aunque cada juez obró en regla y bajo el debido proceso, sus decisiones desencadenaron en la afectación de los derechos de la entidad accionada, no tanto por su comportamiento sino por la existencia circunstancias que, en su momento, no estuvieron presentes en el juicio.

Con fundamento en lo anterior, la Corte amparó los derechos del gerente de CAJANAL y ordenó a entregar un plan de acción dentro de los 60 días siguientes a la notificación de la sentencia donde indique: 1) Una evaluación de eficiencia de los procesos y tramites presentes en la entidad; 2) Las medidas que se van a tomar para atender las solicitudes y evacuar el volumen de trabajo; 3) Los tiempos estimados de respuesta. Con el fin de superar dentro de un periodo razonable el estado de cosas inconstitucionales en el que se encuentra la entidad (Corte Constitucional, sent. T-1234, 2008).

La apertura de un procedimiento incidental no produce el efecto esperado, principalmente porque las exigencias externas superan las capacidades internas del accionado para

atender la(s) orden(es) de amparo. Aún con la advertencia de una sanción de arresto o multa, no hay cumplimiento por parte del accionado en tanto exista una situación generalizada que impida acatar la(s) orden(es). Comprobar la negligencia del responsable no es suficiente si hay situaciones que impidan el cumplimiento actual del fallo. Incluso, si estas situaciones surgen por la culpa del responsable no lugar a sanción.

La providencia que declara y decreta la sanción carece de sentido en los casos expuestos, ya que si en principio el acatamiento de la orden en cabeza del incidentado es de difícil por el volumen, las medidas sancionatorias complican la situación del accionado para atender en tiempo la orden en las condiciones dispuestas por el juez de tutela.

b. Procedimiento incidental. Idoneidad y aptitud:

Como se explicó en el capítulo anterior, el trámite incidental de desacato atiende a un procedimiento especial y sumario. Es distinto al contemplado en la legislación civil (Corte Constitucional, sent. C-243, 1996). La jurisprudencia se ha encargado de señalar, a pesar de la ausencia de un trámite reglamentado en la ley la obligatoriedad de las garantías mínimas procesales en el procedimiento incidental. El juez no se encuentra restringido por solemnidades ni estructuras procesales, aunque debe conceder la oportunidad para controvertir, presentar pruebas, practicarlas e intervenir durante el proceso (Corte Constitucional, sent. T-271, 2015).

El trámite incidental se ocupa de hallar la existencia de incumplimiento y, que éste, sea producto de la responsabilidad subjetiva del accionado. El juez de tutela tiene la obligación de verificar que el trámite se adelante en contra del destinatario de la orden, se encuentre vencido el término temporal para ejecutarla y examinar el alcance del amparo.

Ésto con el propósito de evidenciar si hubo incumplimiento total o parcial y, de ser el caso, los motivos y razones que dieron origen a esta situación (C.S.J, Sala de Casación Civil y Agraria, sent. exp. 2016- 00870-02, 2017). Es improcedente el incidente de desacato si la orden impartida por el juez no precisa quien es el destinatario o si es difuso el contenido. También en aquellas situaciones donde no se concedió al responsable de la orden la oportunidad de cumplir (Sánchez, 2013, p.21). La eficiencia en el procedimiento incidental es detallada por la idoneidad y aptitud del trámite para obtener el cumplimiento. Puntualmente reconocer si es adecuado para el cumplimiento conceder un espacio temporal al incidentado con el fin de que obedezca la orden. Teniendo en cuenta que los jueces previa apertura del incidente tienen la facultad instar al infractor a obedecer y si, es el caso, conocerle la oportunidad de exponer los motivos por los cuales no ha atendido la orden.

CAPITULO III

EL TRAMITE DE CUMPLIMIENTO

Hasta aquí se ha divisado el panorama del incidente de desacato sobre su eficiencia e idoneidad. Se hicieron observaciones importantes acerca de la disparidad de cargas entre el accionante y el accionado. La asignación de costos es mayor para el titular del derecho fundamental que para el infractor, la prolongación del incumplimiento se extiende hasta lograr la persuasión del responsable lo que infortunadamente involucra un periodo de mayor de agravio para la víctima. Durante el §capítulo II se realizaron reparos sobre la idoneidad de las medidas coercitivas y la aptitud del procedimiento del incidente de desacato para alcanzar el restablecimiento del derecho

fundamental. Decisivamente se planteó que la sanción no siempre es igual a persuasión y persuasión no siempre equivale a restablecimiento del derecho. Inclusive se presentó la situación donde la imposición de la medida de arresto y multa no deriva en nada, a tal punto que se desnaturaliza el fin último del incidente de desacato sin que se logre el cumplimiento efectivo de la orden.

A causa de los rasgos de insuficiencia del incidente de desacato, es importante apartarse de la concepción de juez espectador para poder avanzar a una visión de juez protagonista. Esto se logra mediante la figura de *trámite de cumplimiento*, visto como el despliegue de la dinámica judicial orientada por la realización de todo aquello que resulte indispensable para garantizar los derechos fundamentales. El cumplimiento de la orden de amparo es obligatorio y una garantía constitucional, por ese motivo el juez de amparo conserva competencia hasta el restablecimiento efectivo del derecho tutelado. En esa medida resulta pertinente profundizar en el concepto del *trámite de cumplimiento*, estudiar las facultades del juez al interior de este instrumento, diferenciarlo del incidente de desacato y reseñar la coexistencia de esta figura con el incidente de desacato.

3.1. CONCEPTO

El juez de tutela conserva competencia para conocer todo lo relacionado con el cumplimiento de la orden de tutela. La autoridad jurisdiccional del juez se extiende hasta que se restablezca el derecho fundamental agraviado o cese la amenaza, tiene la obligación de disponer de todo aquello que resulte necesario para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela (Corte Constitucional, aut.122., exp.T-4915523, 2016). El juez en uso de sus facultades legales y

constitucionales cuenta con autorización para promover todos los medios requeridos con destino garantizar la protección de los derechos fundamentales.

El acceso a la justicia supone garantizar los derechos, obligaciones y libertades consagradas en el ordenamiento material y efectivamente. Por ello, juez tiene la responsabilidad de proclamar la vigencia y realización de los derechos agraviados o amenazados, es obligación del estado proteger estos intereses legítimos. En ningún caso el operador judicial puede dejar en indefensión a quien resulte lesionado en sus derechos (Araújo O, 2011, p.253-254). Bajo esta orientación el juez no puede avenirse a acreditar el solo incumplimiento y la consecuente sanción. También tiene la obligación de agotar todos los mecanismos necesarios para restablecer el derecho vulnerado y disponer de las herramientas legales indispensables para que la decisión no resulte en una declaración formal de amparo (C.S de la Judicatura, sent., rad.2006-1357 01, 2006).

El cumplimiento de la orden de amparo obedece a la tutela judicial efectiva, entendida como el derecho constitucional de que las decisiones judiciales se ejecuten de los términos y condiciones dispuestas en la providencia. Quien obtenga sentencia tiene garantía de ver satisfecho sus derechos. El derecho a la tutela judicial efectiva hace especial énfasis en la ejecución material de las decisiones judiciales, sin que estas se reduzcan a una simple declaración de intención (Ruiz-Rico R & Carozo L, 2013).

La jurisprudencia constitucional se ha encargado de precisar la naturaleza y contenido del trámite de cumplimiento. La Corte Constitucional puntualizó el carácter de principalidad del cumplimiento, no es residual ni una cuestión accesoria, es principal y obligatorio. Es una garantía constitucional con fundamento en la norma superior, donde se establece que el fallo de

tutela es de obligatorio cumplimiento -inciso 2°, art.86., CP- (Corte Constitucional, sent. T-171, 2009).

Una vez el juez de tutela se entera del incumplimiento debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho amparado, cuenta con amplias facultades para concretar la protección de los derechos amparados. El operador judicial tiene la obligación de asegurar la efectividad de la orden proferida (Corte Constitucional, sent. SU-1158, 2003).

3.2. FACULTADES DEL JUEZ DENTRO DEL TRAMITE DE CUMPLIMIENTO

El artículo 27 del Decreto 2591 contempla el trámite de cumplimiento y faculta al juez de tutela para: 1) requerir al superior del responsable de la orden de tutela y; 2) disponer de todas las medidas necesarias para consolidar el cabal cumplimiento a la orden de amparo.

3.2.1 Requerimiento al superior.

Una vez se ha verificado el incumplimiento, el juez tiene competencia para requerir al superior jerárquico del responsable, con el fin de hacer cumplir la orden. El superior requerido debe dar cumplimiento o instar al responsable subalterno de dar cumplimiento, también debe iniciar el respectivo proceso disciplinario en contra de su subalterno (art.27., Decreto 2591). El juez de tutela conmina el cumplimiento del amparo mediante la insistencia del superior al accionado. El superior cuenta con el término de 48 horas para atender el requerimiento judicial. Si él incumple el juez ordena abrir proceso disciplinario en su contra y accesoriamente podrá sancionar por desacato (Corte Constitucional, sent. T-226, 2016).

La jurisprudencia constitucional planteó la situación de aquellos eventos donde no existe superior jerárquico. Así, por ejemplo, la sentencia T-942 del 2000 señaló que en el caso de funcionarios de elección popular tales como alcaldes y gobernadores, el juez debe informar a la Procurador General de la Nación, quien es la autoridad constitucionalmente facultada para vigilar el cumplimiento de las decisiones judiciales. La Corte también cuestionó quien era la autoridad que debía hacer cumplir cuando el responsable es una alta corporación de la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa, pues en esos casos no hay superior jerárquico, son la cabeza de su respectiva jurisdicción. En SU-1158 de 2003 la Corte Constitucional indicó que el competente para asegurar la observancia de una orden de tutela a cargo de las altas corporaciones jurisdiccionales es la Corte Constitucional. Esta puede solicitar el expediente donde se encuentra el fallo de tutela para tomar las determinaciones que considere necesarias con el fin de obligar el cumplimiento de la orden.

3.2.2 Disponer de las medidas necesarias.

No existe nominación o restricción de las conductas que puede asumir el juez con posterioridad al pronunciamiento de la orden de tutela para materializar el restablecimiento del derecho o el cese de su vulneración. El juez constitucional cuenta con autonomía e independencia para resolver e implementar las medidas indispensables para consolidar la protección y amparo del derecho fundamental vulnerado. En general, el juez tiene un amplio margen discrecional para materializar la orden de amparo, quien puede utilizar instrumentos jurídicos tales como: a) medidas cautelares prerrogativas y b) modificar la decisión original a fin de asegurar la efectividad de la providencia.

3.2.2.1 Medidas cautelares

El juez constitucional preserva competencia más allá de la orden de amparo, tiene autoridad para decidir, ordenar e implementar con precisión todo aquello indispensable y necesario para restablecer el derecho tutelado. El trabajo del operador judicial no cesa con el pronunciamiento formal de la sentencia, todo lo contrario, su labor se extiende por el término que resulte necesario para garantizar la efectividad de la providencia. Justamente, el juez debe utilizar cualquier instrumento jurídico a su disposición para asegurar el cumplimiento de la orden. Particularmente las medidas cautelares se encuentran dentro de este grupo de herramientas procesales destinadas a revestir de efectividad las decisiones judiciales (Ulate C, 2007, p.172).

Las medidas cautelares persiguen la ejecución de la orden judicial y salvaguardan la integridad de la providencia mientras dura el proceso. Tienen su propósito en la defensa de los derechos e intereses legítimos del actor (Chinchilla M, 1993, p.169-170). Ramos Ortells (2000) señala que la razón de ser de las medidas cautelares es evitar que la demora sea aprovechada por el demandado para realizar actos que impidan o dificulten la efectividad de la sentencia próxima (p.37). En ese sentido, la naturaleza de la medida cautelar es *instrumental* no tiene su fin en sí misma, su propósito es la protección preventiva de una decisión judicial definitiva. La medida cautelar es un dispositivo orientado hacia la materialización de una decisión definitiva (Ortells R, 2000). A partir del carácter de *instrumentalidad* se desprende una de las características fundamentales de la medida cautelar, la *accesoriedad*. La medida cautelar es accesoria de un proceso

principal, su objetivo es conservar las condiciones necesarias para la emisión y ejecución de la sentencia. Otra característica distintiva la medida cautelar es *provisionalidad* de, toda vez que su origen y consumación están vinculados al pronunciamiento del acto final (Ulate C, 2007). El carácter de *accesoriedad* y *provisionalidad* no se oponen a la facultad del juez constitucional para dictar una medida cautelar con posterioridad a la providencia de amparo. El juez conserva facultades más allá del pronunciamiento formal del fallo de tutela. Recordemos que la tutela por mandato constitucional es un proceso especial y sumario, no es equiparable a la cuerda procesal de un trámite ordinario. Los asuntos abordados en una acción de tutela son de preferencia constitucional. Sin importar la circunstancia los derechos fundamentales deben ser amparados y restablecidos. De allí que el proceso de tutela no termina mientras no se garantice el goce efectivo del derecho agraviado. La *accesoriedad* y *provisionalidad* de la medida cautelar no está restringido exclusivamente a la instancia de tutela, también se extiende a los procedimientos posteriores y sirve de herramienta para mantener las condiciones que ambienten el cumplimiento de la orden de amparo. El juez dicta la medida cautelar dentro de la esfera de lo lícito y lo jurídicamente posible con debida fundamentación de los soportes facticos del caso. Además, la medida debe ser modificable en cualquier tiempo pues de ser el caso, debe ser ajustada de conformidad con las necesidades del momento (Ulate C, 2007).

El juez de tutela al momento de ordenar la medida cautelar debe contemplar la apariencia de buen derecho "*fumus boni iuris*", donde se advierta la legitimidad del accionante para reclamar la protección de sus derechos e intereses legítimos.

Es decir, que exista verosimilitud razonable sobre la necesidad de amparo y garantía del buen derecho (Suárez G & Vallejo R, 2016, p.147-148). El operador judicial también debe apreciar el peligro en la demora “*periculum in mora*”, el cual consiste en la apreciación de los posibles daños irreversibles causados por la demora del proceso y materialización de la orden. La medida cautelar debe ser la protección provisional y urgente de las condiciones necesarias para enfrentar el peligro en la demora (Chinchilla M, 1993, p.173-174).

De otro lado, el operador judicial debe asegurar el *principio de proporcionalidad*, mediante el examen de los efectos dañinos que se puedan causar al accionado o a terceros con la implementación de la medida cautelar. El juez valora los derechos del accionante y del accionado con el propósito de no afectarlos injustamente. La orden cautelar debe ser optima y proporcional en atención de los costos y beneficios obtenidos con su implementación (Suárez G & Vallejo R, 2016).

En resumen, las órdenes judiciales en materia cautelar no se encuentran restringidas a un sistema taxativo o lista cerrada “*numerus clausus*”. El artículo 27 del decreto 2591 concede autoridad al juez constitucional para adoptar todo aquello que resulte necesario con el fin materializar el derecho vulnerado. Ello consiste en la libertad del operador judicial para utilizar el instrumento que considere idóneos para obligar el cumplimiento de la orden judicial (Corte Constitucional, Sent. C-367, 2014). El juez conoce las circunstancias particulares de cada controversia y se encuentra en mejores condiciones para ponderar con exactitud cuál es el medio adecuado para asegurar la orden de amparo (Fábrega P & Arjona L, 1989).

3.2.2.2 Modificación excepcional de la orden de amparo

El juez de tutela puede, excepcionalmente, modificar la orden de amparo en sus aspectos accidentales: las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Siempre y cuando se persiga el cumplimiento de la decisión y el goce efectivo de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, sent. T-271, 2015). La facultad para modificar la orden inicial se encuentra restringida por motivos de necesidad y garantía de los intereses legítimos agraviados. El juez tiene prohibido cambiar los aspectos sustanciales del fallo, de lo contrario, constituiría en una violación a las garantías constitucionales del debido proceso, cosa juzgada, *non bis in ídem* y tutela judicial efectiva. El juez no puede modificar la orden amparo y bajo ninguna circunstancia pronunciarse sobre la tutela o no de los derechos, pues fue una situación que ya se ventilo en instancia judicial, debe respetar el alcance de la protección original y el principio de cosa juzgada (Corte Constitucional, sent. T-512, 2011). La modificación excepcional de la orden de tutela, solo procede cuando se evidencia la imposibilidad de ser cumplida o demuestre total ineffectividad para alcanzar la protección de los derechos amparados (Corte Constitucional, sent. T-1113, 2005).

En sentencia T-271 de 2015, la Corte precisó el uso de la facultad del juez de tutela para modificar los elementos accidentales de la orden de amparo en los siguientes eventos:

- i) Cuando la orden original no garantiza el goce efectivo de los derechos o, garantizándola, la medida se tornó inútil en lo sucesivo.

ii) Cuando afecta de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público.

iii) Cuando es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir.

Aquí la jurisprudencia constitucional amplió el poder del juez constitucional para garantizar la efectividad del fallo de tutela, bajo el fundamento de prevalecía del derecho sustancial sobre el formal. El operador judicial debe impedir que la declaración de amparo devenga en una decisión nugatoria sin efectos reales de protección. Las piezas accidentales de una providencia legalmente proferida no deben suponer obstáculo para la tutela material de los derechos vulnerados.

3.3.DIFERENCIAS ENTRE EL INCIDENTE DE DESACATO Y EL TRÁMITE DE CUMPLIMIENTO

El incidente de desacato es de carácter subsidiario o accidental, mientras el cumplimiento es de carácter principal y esencial. Aún, cuando tienen el mismo propósito con relación al fallo de tutela, su naturaleza difiere sustancialmente, porque el cumplimiento tiene su origen en la constitución y es una garantía constitucional, en cambio, el incidente de desacato tiene su origen en la ley y es un instrumento de naturaleza disciplinaria (Corte Constitucional, sent. T-171, 2009). Las diferencias son:

- I. Obligatoriedad:** Sobre este punto se observa la principal diferencia entre el cumplimiento como una garantía constitucional de obligatoria observancia y el desacato como una medida subsidiaria y accidental. El trámite de cumplimiento

subraya en el juez la disponibilidad libre de instrumentos y herramientas para garantizar el cumplimiento del fallo de tutela. En cuanto el incidente de desacato es un instrumento incidental que opera para persuadir al infractor de atender el fallo de tutela (Corte Constitucional, sent. T-458, 2003).

II. Responsabilidad: Frente al trámite de cumplimiento basta con verificar el quebrantamiento de la orden de amparo, aquí se examina la responsabilidad objetiva de quien incumple. Basta con el quebrantamiento material del fallo de tutela para entrar a disponer de todas las medidas indispensables para restablecer el derecho. Mientras que el incidente de desacato estudia si la conducta del responsable envuelve un elemento volitivo de culpa o dolo con relación a la inejecución de la orden de tutela. El medio del incidente de desacato es la sanción dirigida a quien tiene la facultad de atender el fallo de tutela y no lo hizo intencionalmente o por negligencia. En este sentido, el desacato comprenda un régimen de responsabilidad subjetivo y el cumplimiento un régimen objetivo (Corte Constitucional, sent. T-368, 2005).

III. Apertura: La apertura del trámite de cumplimiento es de oficio, a petición de parte o por solicitud del Ministerio Público, pues es de carácter obligatorio. Por su parte, el desacato solo procede a petición del interesado y, excepcionalmente, por solicitud de la Defensoría del Pueblo y El ministerio Público (Corte Constitucional, sent. T-458, 2003)

Estas son las diferencias descritas por la jurisprudencia constitucional para deslindar el contenido de ambas figuras. Sin embargo, la Corte repara en la existencia de una cuarta diferencia consistente en el respaldo normativo: la competencia y circunstancias del trámite de

cumplimiento se encuentran dispuestas en los artículos 27 y 23 del Decreto 2591 de 1991 y, por otra parte, el sustento normativo del desacato recae en los artículos 52 y 27 del mismo decreto (Corte Constitucional, sent. T-458, 2003).

3.3 COEXISTENCIA ENTRE EL INCIDENTE DE DESACATO Y TRAMITE DE CUMPLIMIENTO

El trámite de cumplimiento no impide al juez evocar conocimiento sobre la petición de apertura del incidente de desacato. No es una competencia supletoria del cumplimiento y viceversa, son dos instrumentos de naturaleza distinta con el mismo propósito. Es perfectamente válido adelantar un procedimiento de responsabilidad subjetiva y, a su vez, impulsar todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de la orden (Corte Constitucional, T-963, 2005). El juez en atención del carácter obligatorio del cumplimiento y la accidentalidad del desacato puede adelantar simultáneamente ambos trámites. Por ello el operador judicial debe llevar a cabo todas medidas indispensables y necesarias para obtener la efectividad del fallo de tutela, mientras adelanta el incidente de desacato como una medida optativa para garantizar la observancia de la orden de tutela. Ambas figuras puedan coexistir paralelamente en el ejercicio judicial. Además, la gestión exclusiva del trámite de cumplimiento no acarrea obligatoria o instantáneamente la apertura del desacato (Corte Constitucional, auto 106, 2012).

CAPÍTULO IV

CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE TUTELA EN LA TEORÍA DE LOS PODERES JURÍDICOS DEL ESTADO

La explicación emprendida en el §capítulo III sobre el trámite de cumplimiento alumbra la función proactiva del juez con relación al restablecimiento del derecho fundamental. Aquello sitúa la garantía del derecho en el foco de la actividad judicial. El juez dispone de amplias facultades para asegurar el goce del derecho fundamental, su competencia se extiende sobre todo lo indispensable para cumplir con esa garantía constitucional. Esta condición contrasta con el eje central del incidente de desacato restringido por la conducta del infractor, pues el derecho restablece en la medida que el responsable se persuadido y obedezca, de no ser así no hay restablecimiento del derecho vulnerado en el incidente de desacato. Esto deriva en una situación nociva para el titular del derecho fundamental, pues se encuentra sujeto al convencimiento del responsable de la orden. Por ello, durante esta tesis se orienta la postura de la actividad judicial en función de los derechos fundamentales destacando el dinamismo del trámite de cumplimiento. El ordenamiento jurídico debe confirmar la primordialidad de los derechos por encima de las configuraciones rígidas de la actividad judicial. El juez debe acudir a su actividad creativa para materializar el derecho amparado.

Cuando se trata de la violación de los derechos mínimos esenciales no hay lugar a una visión restringida de la actividad judicial. Por el contrario, tiene que haber un ejercicio amplio y activo de los poderes jurisdiccionales con destino a garantizar los derechos vulnerados. La intervención del juez es positiva, está comprometido con la tutela judicial efectiva y cuenta con poderes jurídicos suficientes para su materialización. Así como el Estado asignó al juez constitucional la facultad de hacer todo lo que este a su alcance para asegurar el goce efectivo de los derechos

fundamentales, también le proporcionó poderes suficientes para cumplir con este cometido constitucional.

Es importante hablar de los poderes jurídicos cuando se aborda el cumplimiento de la orden de tutela, principalmente porque el juez dispone de facultades para lograr la protección del derecho vulnerado. El ejercicio de los poderes jurídicos del juez encuentra fundamento en los fines del estado, tienen un propósito específico y son indispensables para el curso de la sociedad contemporánea. La autoridad jurisdiccional del juez es el poder conferido por el Estado para administrar justicia y guardar el orden constitucional.

Para explicar la postura del presente trabajo se exponen las diferentes nociones del poder en el Estado. Luego se aclara la teoría de los poderes jurídicos y la carga del Estado con relación a estos. Finalmente, se desarrolla la comprensión de los poderes jurídicos con el papel del juez de tutela en el cumplimiento de la orden de amparo.

4.1 EL PODER Y EL ESTADO

El poder es la aptitud y potencialidad de quien lo ostenta para inferir en la producción de un efecto. Bob Jessop (2014) señala *“el poder es la capacidad de una determinada fuerza para producir un evento que de lo contrario no ocurriría”* (p.28). Al respecto, Michel Foucault (1988) subraya que el poder solo existe en *acto*, es una acción ejercida de “unos” sobre “otros” para dirigir su comportamiento. La relación de poder no actúa de manera directa sobre alguien, sino sobre sus actos, es un conjunto de acciones posibles aplicadas a uno o varios sujetos actuantes: induce, facilita, seduce, limita, restringe, constriñe, prohíbe, entre otras posibilidades de maniobrar a fin de provocar una conducta sobre el sujeto (p.14-15).

El estudio del poder del estado es abordado históricamente por diferentes orientaciones doctrinarias, se pueden distinguir quienes entienden el poder del estado como el resultado de una relación consensual de un grupo de individuos *-ideología liberalita-* y quienes lo destacan como una relación de dominio, explotación y conflicto sobre los aspectos esenciales de la sociedad *-materialismo histórico-* (Quijano, 2001).

La posición que radica el poder en el consentimiento de un grupo de individuos parte de la *ideología liberalita*. La existencia social surge de la decisión de los hombres de establecer un orden social y una autoridad para hacerlo valer (Quijano, 2001, p.9). Según esta postura el acuerdo entre individuos confiere autoridad a una estructura para dirigirlos y ordenarlos. Jean J. Resseau (1762) planteaba que la sociedad se integra a partir de la cesión de los derechos naturales por parte de los individuos a cambio de establecer un vínculo social. El fin esencial de cada hombre es preservar su vida, para garantizar esta ley primera de la naturaleza humana los individuos acuerdan vivir en grupo y establecer un orden. El colectivo transmite el poder a un soberano mientras la voluntad general se preserve en cabeza de la comunidad y determina los límites de ese poder soberano (p.20-30). Bajo esta misma línea Thomas Hobbes (1651) en el su obra *“Leviatán”* expuso la noción de una superestructura integrada por hombres que con el deseo de abandonar su estado natural de guerra y cuidar por su propia conservación, restringen sus pasiones naturales para confiar su propia seguridad al leviatán que llaman República o Estado, y su poder es la suma de poderes de los individuos que la integra (p.99-124).

El *materialismo histórico* relaciona el poder con el dominio y la explotación, considera la estructura social como una unidad integrada por instancias procedentes y fundadas a partir de una base fundamental. Es una estructura de jerarquía que tiene su origen en esa base

fundamental. El poder radica en el control de aquel recurso esencial del cual derivan las demás áreas e instancias de la existencia social (Quijano, 2001). Este pensamiento surge de la adopción y mutación de las propuestas teóricas de Karl Marx (2002), quien en su obra "*economía y sociedad*" relacionó la trascendencia del trabajo organizado para proveer lo necesario a la sociedad y asegurar la subsistencia. Allí, el hombre dispone de su fuerza productiva con el propósito de preservar su alimentación, quien se encuentra sujeto a los medios de producción. Fundamentando en este razonamiento Marx propone que el estado es una empresa integrada por una estructura jerarquizada con intervención de varios actores, unos dominados por otros. El personal permite el funcionamiento de la superestructura a través de la fuerza organizada de trabajo bajo la orden y disposición de quien administra los medios de producción. Entonces, quien detenta dominio sobre los medios materiales de explotación, tiene el poder en sus manos (p.1056-1061). Motivado por esta ideología Friedrich Engel esbozó el *materialismo histórico* desde un punto de vista histórico-evolutivo del hombre, planteando que el ser humano evoluciona y empieza a diferenciarse de los animales en cuanto provee sus propios medios de subsistencia. Durante el proceso evolutivo natural el hombre organiza socialmente el trabajo y surge un enlace de intereses y expectativas recíprocas, es un estado de cooperación hacia un fin común. Con esta caracterización el trabajo social es reproducción de la vida humana en comunidad (Habermas, 1981). Friedrich, Concibe el trabajo como la base estructural de la sociedad y el poder se encuentra en el dominio y explotación de este recurso.

Sobre la ideología *histórico materialista* Quijano Aníbal (2001) enfatiza que la existencia social no devine de una sola base fundante, al contrario, son múltiples las áreas vitales de producción que estructuran la sociedad. Tales son, el trabajo, las relaciones sexuales, la autoridad colectiva y las relaciones intersubjetivas. El control y explotación sobre estas áreas de la existencia humanana,

manifiestan el poder en cabeza de quien domine estos recursos. Así, la condición básica de poder es la *dominación* de los recursos vitales de la existencia social. Sin embargo, este control solo puede ser impuesto mediante la violencia. Quienes tienen el dominio establecen las pautas de comportamiento, y quienes son dominados intentaran cambiar el orden mediante la guerra “conflicto”. El poder es una relación de dominio, explotación y conflicto (p.7-11).

Con mayor contemporaneidad surgió el *enfoque estratégico-relacional* propuesto por Nicos Poulantzas, quien explica la relación de poder y estado a partir del equilibrio siempre cambiante de las fuerzas políticas. De manera concreta el Estado es una estructura integrada por instituciones y organizaciones aceptadas socialmente para hacer cumplir las decisiones proferidas en nombre del interés común, es la consolidación de las capacidades institucionales. Bajo este enfoque el poder es una relación entre *capacidad* y *vulnerabilidad*, donde el Estado opera sobre aquellas vulnerabilidades del mundo social. El poder no es la imposición unilateral de la voluntad, por el contrario, es el vínculo recíproco *capacidad-vulnerabilidad*. El poder depende también de las interacciones estratégicas de las diferentes instancias y organizaciones estatales para establecer un equilibrio en el ejercicio del poder (Jossep B, 2014, p.22-26). El *enfoque estratégico-relacional* subraya que los intereses y reflexiones de las estructuras sociales cambian en el tiempo, por lo tanto el poder estatal debe seleccionar las estrategias políticas para actuar en atención del contexto y tiempo en particular (Jossep B, 2014).

4.2 TEORÍA DE LOS PODERES JURÍDICOS

El poder en general es la fuerza, capacidad y potencialidad para producir o incidir sobre un estado de cosas. Mientras cada hombre dispone de su poder de acuerdo con su energía y vigor

natural, el grupo social estriba su poder en el número de individuos que lo integran. Las estructuras sociales modernas presentan un marco jurídico y la estructura legal mediante la cual organiza, clasifica y distribuye el poder. Cantin Madeleine (2007) en *“Le pouvoir juridiques”* explica el poder como una prerrogativa legal donde los actos de las personas tienen efecto en la medida que se haya concedido prerrogativas para el efecto. Ningún acto jurídico tiene validez si no ha sido autorizado ni reconocido jurídicamente (p.221). Lo mismo sucede con las instituciones y organizaciones públicas, solo que sus prerrogativas son aún más restringidas y sus poderes son categorizados y asignados por el Estado. Verbigracia, el poder de administrar justicia a cargo de los jueces es un poder nominado y restringido por el ordenamiento. Encaminando esta idea Vega Cielo (2006) recapitula que tradicionalmente existen dos formas como las personas se someten a la ley: la primera es de forma negativa, donde se permite todo salvo lo que esté prohibido expresamente, es el caso de los particulares. La segunda es de forma positiva, allí la ley concede las prerrogativas de manera específica y concreta, lo que no dice la ley no se encuentra autorizado. Tal y como sucede con la administración pública, tienen prohibido extralimitarse en sus facultades (p.64).

La orientación del poder en el derecho concede el carácter de jurídico. Rocher Guy (1986) *“Droit, pouvoir et domination”* subraya la institucionalización del poder a partir de su legitimación en el derecho. El poder adquiere una connotación distinta en el marco legal, entra a ser parte de una estructura social compleja integrada por un orden jurídico y político. Allí, el poder encuentra su legitimidad no en la fuerza física, sino en el derecho. Hans Kelsen expresa que el poder se encuentra al interior de la estructura jerárquica reglamentada por normas. Concretamente el poder se halla en el sistema normativo el cual establece: quien está revestido para actuar con el poder creador de emitir normas válidas, que órganos están facultado para

vigilar a otros, quienes tienen facultades para anular las decisiones irregulares. En general el ordenamiento es fuente de poder y de orden. El derecho por ser un sistema normativo legitima el poder en sus diferentes formas de dominación (Cuenca G, 2010, p.288-292).

Michel Foucault se opuso a la idea de ubicar el poder en cabeza exclusiva del estado, aunque admitió la existencia de una estrecha relación entre éste y la ley, en especial para señalar que la norma manifiesta un poder esencialmente prohibitivo. Sobre este punto expuso la presencia de dos poderes en las estructuras sociales: los poderes negativos o disciplinarios y; los poderes positivos o productivos (Benente M, 2013, p.215-218).

i) Poderes negativos o disciplinarios:

Si bien Foucault formula un enfoque de los poderes negativos a partir de la reducción de la ley a la sola represión, su planteamiento permite explicar la existencia de un poder prohibitivo y coactivo. Foucault sostuvo que el poder es negativo cuando prohíbe, reprime y castiga a quien se ha desviado de los lineamientos del orden social. El estado a través de la ley se encarga de señalar lo que no está permitido, en caso de existir desobediencia la autoridad activa el aparato represivo del estado para castigar. En aquel sentido existe un uso institucional y constitucional de la violencia (Benente M, 2013, p.217-218).

Esta posición disminuye el papel de la norma a un simple instrumento de represión y castigo, de allí que el poder jurídico por antonomasia sea el prohibitivo. En él se concentra la ley mediante la disciplina del castigo como fundamento de los poderes jurídico en el estado (Foucault M, 2012). Dejando de

lado la orientación reduccionista de la ley esta propuesta teórica permite observar los aspectos negativos del poder, entendidos como el ejercicio de las fuerzas coercitivas para reprimir la desobediencia y prevenir la contravención del ordenamiento.

ii) PODERES POSITIVOS O PRODUCTIVOS:

Esta es la percepción productiva del poder fundada en una visión dinámica que se ajusta al caso particular, y más que un a represión plantea una solución. Sobre esta consideración Foucault propone una distinción positiva del poder bajo el contenido abierto de las capacidades. Este poder se opone al carácter restringido y negativo del poder disciplinario, el cual contempla el castigo como única forma de respuesta (Vásquez R, 2012).

Los poderes positivos o productivos parten de la noción funcional del conocimiento, esto es, el entendimiento y aprendizaje de las circunstancias que exigen una respuesta. El poder positivo pone en acción de forma estratégica y dinámica las fuerzas disponibles. Siempre está dirigido por la innovación y transformación (Benente M, 2013, p.226-228). Con mayor precisión, es un poder que se ajusta a los cambios, aprende y crea soluciones a los problemas y conflictos.

4.3 LA CARGA DEL ESTADO EN LOS PODERES JURÍDICOS

Como se expresó en los acápites precedentes el poder es la capacidad para inferir en un estado de cosas. El poder adquiere un contenido jurídico cuando es interiorizado en la existencia social, en los sistemas normativos y en las instituciones, es una prerrogativa para alcanzar propósitos particulares o comunes. Particularmente el individuo tiene facultades para actuar y producir efectos jurídicos siempre y cuando el ordenamiento no se lo prohíba. Por otra parte, a nivel público el poder concedido a las entidades es expreso y definido, está dirigido a fines comunes y de conservación del orden social.

Los poderes jurídicos en cabeza el estado comporta la obligación de actuar, pues fue revestido con las facultades suficientes para consolidar los fines sociales, económicos, políticos y culturales. Es la orientación activa en todos los campos de presencia estatal. Individualizando la carga del estado en materia administrativa Juan Carlos Henao (2003) explica la obligación de la administración de emplear todas las facultades jurídicas necesarias para cumplir con la misión encomendada. Así, dentro del estudio de la *falla del servicio* como fundamento de responsabilidad estatal, Henao subraya que la no utilización de los poderes jurídicos de los que goza una entidad pública para atender un contenido obligacional comporta una falla del servicio (p.94-98). El deber del estado de atender sus obligaciones compromete el uso de todos los poderes jurídicos suficientes para asegurar su cumplimiento. Ello no es una facultad de utilizarlos o no, todo lo contrario es una carga y responsabilidad del Estado emplearlos para atender sus obligaciones.

4.4 EL JUEZ EN EJERCICIO DE LOS PODERES JURÍDICOS

El ordenamiento jurídico confiere al juez autoridad para decidir libre y prudencialmente lo que estime justo. Esta capacidad es un poder y un deber del operador judicial para obrar en atención de las garantías y principios constitucionales. El juez de observar estricto cumplimiento por sistema normativo en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y accionar sus poderes cuando resulte indispensable (Rotra M, 2015, p.118-122). La discrecionalidad del juez es característica de sus poderes jurídicos para atender la correcta administración de justicia. Isabel Lifante (2002) nombra la presencia de dos elementos constantes en cualquier discrecionalidad de contenido jurídico: la *libertad* para elegir entre una u otra opción y; la restricción de esa libertad por el *marco normativo* (p.414). Existe un margen de libertad definido por el ordenamiento jurídico para tomar decisiones. La Corte Constitucional explica la naturaleza del poder discrecional a partir de su contraste con la arbitrariedad en el contexto del abuso de autoridad. El alto tribunal expone que en un estado social de derecho no existen potestades absolutas e ilimitadas, por el contrario las facultades jurídicas deben ejercerse de forma racional y proporcionada en atención de los fines del estado. Cualquier decisión que este por fuera de los parámetros, principios y postulados constitucionales es abuso de la autoridad conferida (Corte Constitucional, sent. C-758, 2013). La potestad discrecional del operador judicial adquiere importancia con el principio independencia judicial. El juez independiente para decidir los casos sometidos a su juicio, no existe una sujeción jerárquica en estricto sentido. Josep Aguilo (1997) recalca la independencia como un estatus y privilegio del juez, quien en sus actos jurisdiccionales no está sujeto a otra autoridad más que al derecho, las normas y las leyes. El juez no tiene la obligación de obedecer a ningún hombre, su deber este sujeto únicamente al derecho (p.49-50). Dentro de esta noción las

decisiones judiciales son discrecionales en cuanto haya independencia y sujeción al imperio de la ley.

La discrecionalidad es una facultad otorgada a los jueces de la República con la finalidad de atender los postulados constitucionales de justicia y efectividad de las decisiones judiciales, no solo dispone de la libertad para decidir conforme a derecho, también cuenta con los poderes jurídicos necesarios para garantizar la efectividad de las providencias. Por ello existe discrecionalidad e independencia judicial para asegurar la resolución de conflictos y estricta observancia de las decisiones judiciales.

Los poderes jurídicos en cabeza del juez atienden la obligación insoslayable de administrar justicia bajo el imperio de la ley y protección efectiva de los derechos reconocidos. Norberto Bobbio (1991) indica la existencia de una relación deóntica en el concepto de derecho, bajo la idea de que todo derecho implica necesariamente una obligación correlativa (p.20-21). En ese sentido, la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva implica los deberes a cargo del juez de emplear todos los poderes jurídicos indispensables para materializar las providencias judiciales.

4.5 CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE AMPARO EN LAS COMPETENCIAS JURIDISCCIONALES DEL JUEZ

Como se expuso en el §capítulo III sobre *Trámite de cumplimiento*, el juez de tutela conserva competencia para conocer todo lo relacionado con el cumplimiento de la orden de tutela, preserva autoridad jurisdiccional hasta el restablecimiento efectivo del derecho vulnerado y, si es el caso, hasta el cese de la amenaza (Corte Constitucional, aut.122., exp. T-4915523, 2016). La competencia del juez se extiende por todo el tiempo que resulte vital para asegurar el

cumplimiento de la orden de amparo, inclusive si la acción de tutela ha finalizado. El juez tiene la obligación constitucional de llevar a cabo las actuaciones indispensables para garantizar el goce del derecho vulnerado. La culminación del procedimiento judicial no es óbice para agotar la competencia del juez constitucional, también preserva poderes jurídicos suficientes para hacer cumplir la orden proferida cuando el proceso se encuentra en instancias distintas.

La Corte Constitucional subraya la obligatoriedad de la orden aunque el proceso se halle en segunda instancia. Las facultades jurisdiccionales se extienden para consolidar la orden de amparo mientras se desarrolla la segunda instancia. Justamente, la Corte advierte que la impugnación del fallo tutela se concede en efectos *devolutivos*. Lo actuado queda en firme y produce efectos mientras el superior resuelva la instancia de impugnación del fallo. Los poderes del juez subsisten durante el trámite del recurso de impugnación y tiene la facultad de obligar el cumplimiento de la orden de tutela mientras se entila la impugnación ante el superior jerárquico. Si existe revocatoria de la decisión inicial simplemente se retrotraen los efectos producidos por la orden de tutela (Corte Constitucional, T-068, 1995).

El juez también guarda competencia para consolidar el fallo de tutela mientras el expediente es revisado por la Corte Constitucional. Sobre este punto se debe recordar que todas las sentencias proferidas en instancia de tutela son enviadas a la Corte Constitucional para su eventual escogencia y posterior revisión a cargo de la Sala de Revisión. En sentencia C-018 de 1993 el alto tribunal señaló que la revisión no es una tercera instancia, por el contrario es una etapa de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional. Durante el trámite de revisión la orden de tutela tiene pleno efecto y el juez puede adoptar todas las medidas que estime convenientes para proteger el derecho entretanto se adelante la revisión del expediente ante la Corte Constitucional (Corte Constitucional, C-1716, 2000).

En curso de un incidente de desacato el juez constitucional no pierde facultades ni poderes para asegurar el cumplimiento de la orden de amparo. En todos los casos el juez conserva competencia para ordenar las medidas necesarias e indispensables relacionadas con cumplimiento del fallo de tutela. Precisamente porque prevalece interés superior de los derechos fundamentales sobre la formalidad. El juez puede llevar de forma paralela el incidente de desacato y el trámite de cumplimiento, no importa la etapa en la que se encuentre el incidente de desacato o si ya se dictó sanción, la autoridad del juez se mantiene (Corte Constitucional, T-963, 2005). Esto guarda coherencia con la autonomía jurisdiccional del operador judicial. Aun hallándose el expediente en grado jurisdiccional de consulta, el juez de tutela permanece activo en lo concerniente a la orden de amparo y protección del derecho fundamental.

El fin de lograr los postulados superiores explica y justifica la asignación de poderes jurídicos, sin esta condición el propósito de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental sería cuando menos un compromiso simbólico carente de fuerza para lograr su realización. La capacidad para intervenir en el orden de las cosas es una característica principal del juez para hacer cumplir y garantizar los derechos tutelados. Allí resulta la obligación de utilizarlos cuando sea necesario, no es la simple facultad de utilizarlos a voluntad sino la obligación y responsabilidad de quien los detenta de emplearlos cuando la situación lo exija. Las atribuciones del juez de tutela se mantienen durante todo el tiempo que dure la vulneración, inclusive si el proceso se halla en otra instancia.

El juez tiene el deber de emplear toda su autoridad para llevar a cabo la protección sobre los derechos amparados. Así, por ejemplo, donde una entidad promotora de servicios de salud (EPS) niega el tratamiento oncológico de uno de sus afiliados compromete seriamente su vida y salud.

El juez debe ordenar el tratamiento médico lo más pronto posible. Si la EPS incumple la orden de amparo negándose a brindar el tratamiento, el juez tiene la obligación de ejercer sus poderes jurídicos con miras a garantizar el derecho tutelado y evitar un perjuicio irremediable. Por ello, si es preciso debe ordenar a una EPS diferente de la accionada el tratamiento médico a favor del accionante y con cargo económico de la EPS accionada. Esto debe hacerlo para proteger el derecho fundamental del paciente aun si en aquel evento es indispensable extender los gastos del tratamiento médicos a la entidad infractora. Lo importante es amparar materialmente el derecho tutelado inclusive si el juez debe ir más allá de la estructura y la ritualidad.

4.6 LOS PODERES PRUDUCTIVOS DEL JUEZ Y EL CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE AMPARO

Ciertamente el poder jurisdiccional del juez no se restringe exclusivamente a la potestad de tomar decisiones conforme a derecho y justicia, también tiene la obligación de preservar la vigencia de las órdenes proferidas en instancia judicial, propiamente dicho es la potestad de administrar justicia y materializarla. Sobre lo esencial la protección efectiva es indispensable para la conservación del orden constitucional y garantía de los derechos fundamentales. El juez cuenta con amplias facultades para garantizar la tutela judicial efectiva, entre ellas: *disciplinarias, precautorias y productivas*. Todas hacen parte de las atribuciones jurisdiccionales del juez para asegurar el estricto cumplimiento de la providencia.

El juez cuenta con la potestad *disciplinaria*, entendida como adopción de sanciones para corregir el comportamiento y prevenir la desobediencia. Lo que Walhousen llama “*enderezar la conducta*” (Foucault, 2003, p.157-158). Así lo precisa la Corte Constitucional en los siguientes

términos: la existencia de una sanción previene y advierte al responsable. Lo cual refleja el ejercicio legítimo de la fuerza a través de la intimidación (Corte Constitucional, sent. T-253, 2014).

Luego sigue la potestad *precautoria*, ésta se ejerce cuando existe la previsión razonable de un riesgo o pérdida de los elementos que garantizan la efectividad de la decisión. Si existe un peligro razonable el juez tiene la facultad y obligación de adoptar todas las precauciones necesarias dirigidas a garantizar los derechos reconocidos en instancia judicial, ya sea de oficio o a petición de parte (Alvarado V, 2010, p.34). El uso de las medidas cautelares tiene el propósito de evitar que las decisiones se tornen nugatorias a causa de la pérdida de las condiciones que posibilita su realización. El juez dicta las medidas que considera adecuadas a partir de la apariencia de buen derecho "*fumus boni iuris*", asume las previsiones necesarias durante el litigio a pesar de la falta de una decisión judicial en firme, siempre y cuando halle los motivos suficientes de apariencia de buen derecho de quien reclama la protección (Suárez G & Vallejo R, 2016).

El juez también cuenta con la potestad *productiva*, entendida como facultad de acoger cualquier medida tendiente a garantizar la decisión proferida. Esta potestad es el universo instrumental de los poderes jurídicos a cargo del juez. La actividad creativa del juez asciende sobre la diversidad de opciones disponibles orientadas hacia la protección y efectividad de las decisiones judiciales. Si bien es verdad que no existen poderes absolutos porque todos están sometidos al imperio de la ley, los jueces se encuentran en la constante labor de control, protección y conservación del ordenamiento (Ferrajoli, 1999, p.65-70). Él debe emplear todos los poderes siempre que sea posible para alcanzar la realización de la orden de amparo. Bajo este pensamiento el operador judicial cumple una función dinámica no reducida a la ritualidad o actividad mecánica de los

procedimientos. El trabajo del juez es productivo y cambiante según las necesidades y particularidades de cada caso. Foucault Michel (1980) habla de la existencia de *poderes productivos* en contraposición de los poderes tradicionales de prohibición y de castigo, propone el remplazo de modelos de dominación y represión a cambio de esquemas eficaces, apropiado, menos dispendioso y más provechosos para la sociedad. Ello es pensado como el poder que circula y genera conocimiento a partir de las relaciones (p.136-150). Con esta orientación Foucault expone la microfísica del poder señalando que las relaciones de dominio deben ser observadas a partir de las células más pequeñas de la sociedad, pues allí se estructuran las cadenas de poder como algo que está en constante movimiento. Así como se hablan de medidas de buen encauzamiento, el juez no solo dispone de facultades correctivas y disciplinarias del aparato estatal, sino también de la dinámica jurídica de poderes para actuar en cada caso. La dimensión de los poderes jurídicos y jurisdiccionales del juez no se restringe exclusivamente a una facultad disciplinaria. La intimidación no es el único camino, los jueces cuentan con la amalgama de poderes jurídicos y potestades para hacer cumplir las providencias, no solo respecto del responsable de la orden contenida en la decisión judicial, sino también con relación a la debida protección de los derechos reconocidos a favor del accionante, aún con la resistencia y rebeldía del infractor.

La potestad *productiva* del operador judicial garantiza la tutela judicial efectiva y tiene especial relevancia en aquellos asuntos donde se involucran derechos fundamentales, pues deben ser amparados y protegidos de forma inmediata en caso de ser vulnerados o amenazados. Esta protección no predica solamente de una orden formal de tutela, también debe existir protección material y efectiva. Para dicho propósito el juez cuenta con los poderes jurídicos suficientes destinados a preservar la vigencia efectiva de los derechos tutelados. Particularmente se

encuentra facultado para evocar todo aquello que considere conveniente para asegurar la observancia del amparo de tutela. Este poder productivo es, primordialmente, una actividad creativa y maleable del juez para consolidar la protección efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Con base en el discurso de los poderes productivos hay un acercamiento sobre las alternativas del juez para elegir la decisión más adecuada sobre la materialización de los derechos fundamentales. Parte de la idea de previsión de los efectos de cada una de las posibles alternativas para restablecer el derecho y, entre ellas debe elegir la que mejor logre el objetivo deseado con el menor agravio posible (Faralli C, 2007). Lo que finalmente se refleja en la eficiencia e idoneidad de la opción acogida por el juez. La decisión no debe involucrar costos mayores con relación al beneficio alcanzado y se deben elegir los medios adecuados para alcanzar el resultado previsto por el juez. Es por ello que el juez debe hacer uso de sus poderes productivos, tiene que valorar las alternativas disponibles para restablecer el derecho fundamental, en el camino no puede causar males desproporcionados y, mucho menos emplear medios inadecuados.

El juez no puede restringir su marco de acción al solo trámite incidental, tiene la obligación de examinar las diferentes alternativas posibles para restablecer el derecho tutelado. Entre ellas debe elegir la mediada más adecuada y valorar la idoneidad de los medios escogidos para conseguir el restablecimiento del derecho fundamental. El examen de necesidad debe hacerlo el juez sobre los medios escogidos para examinar si son la única alternativa o si existen otras. Finalmente, el operador judicial tiene que estudiar la razonabilidad de los medios para restablecer el derecho, no puede existir un sacrificio desproporcionado sobre otros valores fundamentales a causa de la

medida elegida. Es decir, debe existir equilibrio entre beneficio y costo (Corte Constitucional, C-022, 1996).

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

En esta tesis el incidente de desacato como garantía de los derechos fundamentales se abordó desde la óptica de la eficiencia. Para cumplir este objetivo se acudió al examen de este instrumento jurídico a partir de métodos de la disciplina económica. Para el efecto se utilizó la interpretación económica del derecho y estudios de los principales exponentes de este pensamiento, quienes se han destacado por sus investigaciones microeconómicas aplicadas a instituciones jurídicas. En concreto, se utilizaron los trabajos de Posner R., Coase R. y Calabresi G., para soportar el análisis económico del incidente de desacato.

Dentro del estudio se halló que el incidente de desacato no es un instrumento apropiado para garantizar con eficiencia los derechos amparados, pues la estructura y la lógica procesal de esta figura derivan en un desequilibrio de costos entre el titular de los derechos vulnerados -accionante- y el responsable de la orden de tutela -accionado-. Esto ocurre por tres razones: La primera, es la oportunidad que existe a favor del accionado para valorar los costos de su conducta en términos de maximización de los beneficios en relación con los costos de su conducta ya que, en todo caso, tiene la oportunidad de esperar a que dicten la sanción sin que la medida de arresto y/o multa sea ejecutada en caso de dar cumplimiento. La segunda razón consiste en la prolongación y reiteración sucesiva de trámites incidentales. Aquí la prolongación del incumplimiento representa la continuidad de la vulneración y, por lo tanto, el incremento de

los costos a cargo del accionante. Dada la configuración del incidente de desacato el responsable en atención de su utilidad prefiere llevar a cabo el trámite con la posibilidad de ser absuelto y en caso de existir sanción, eludirla mediante la solicitud de inejecución. Finalmente, la tercera razón es la falta de garantía que tiene la persuasión sobre el restablecimiento del derecho vulnerado. Específicamente, el accionado bien podría rehusarse a cumplir la orden de amparo aun con la sanción dictada en su contra, pues valora con mayor rentabilidad el incumplimiento, mientras tanto los costos para el titular del derecho agraviado continúan en incremento. Todo este panorama integra un peso excesivo para el accionante, quien debe asumir mayor afectación por la demora en el restablecimiento de sus derechos según los criterios de utilidad del responsable de la orden de amparo, situación que inmerecidamente ha sido atribuida en perjuicio del titular de los derechos agraviados.

Siguiendo este razonamiento se examinó la idoneidad del incidente de desacato como criterio subyacente de la eficiencia, con el propósito de extender el plano de comprensión más allá del análisis de costo-beneficio y abordar el campo de aptitud de las herramientas coercitivas dispuestas en el incidente de desacato (multa y arresto). Sobre este aspecto, se ahondó en la suficiencia persuasiva de aquellas medidas sobre el comportamiento del responsable con apoyo de casos concretos que demostraron la falta de idoneidad de estas medidas sancionatorias para garantizar la protección efectiva del derecho tutelado. Con particular insistencia, se expuso que la orden de arresto y multa proferida por el juez de tutela no constituye el restablecimiento o cesación de la amenaza del derecho agraviado. Estos recursos coercitivos acuden a la persuasión, de suerte que la garantía efectiva del derecho se encuentra sujeta a la voluntad del responsable, quien dará cumplimiento o no según el efecto que dichas sanciones tengan en su ánimo. Sin embargo, junto a esto, también se identificó la existencia de situaciones que proviniendo del

accionado, devienen en circunstancias que impiden cumplir la orden en los términos dispuestos en el fallo. En ese orden, las sanciones no implican necesariamente el cumplimiento del fallo de tutela y, a su vez, no siempre lleva al restablecimiento íntegro del derecho, pues la observancia tardía de la orden agrava la situación del accionante.

Visto el examen de eficiencia e idoneidad del incidente de desacato surge la preocupación por la garantía de los derechos fundamentales, advirtiendo que su reivindicación se encuentra postergada hasta la culminación del trámite incidental. La orden sancionatoria del juez de tutela no garantiza el restablecimiento efectivo del derecho. Por lo cual el derecho fundamental recibe doble ofensa: la violación o amenaza ocasionada por el responsable de la orden y la falta de garantía efectiva e inmediata. En esa dirección existe responsabilidad del operador judicial casi como de quien vulneró o amenazó en un primer momento el derecho fundamental. En ningún caso, la realización de los derechos puede relegarse a la voluntad de un individuo, ni diferirse por el aletargamiento de las instituciones jurídicas dispuestas para su protección.

Entre lo esencial, existe especial protección y reconocimiento de los derechos fundamentales por parte del Estado. Ellos integran los valores primarios de toda persona, sin los cuales no es posible la realización personal y social en un marco constitucional. Con motivada razón, los derechos fundamentales deben ser protegidos en todo momento independientemente de cualquier consideración formal. La materialización de sus postulados no puede estar comprometidos por la inactividad estatal, pues deben gozar de tutela judicial efectiva.

En atención del carácter fundamental de los derechos y la tutela judicial efectiva se aspira retomar la visión de los poderes y facultades productivas del juez, quien no se halla restringido por funciones disciplinarias y correccionales. Se debe entender que el juez de tutela no debe

esperar una solicitud formal para indagar sobre el incumplimiento y dictar una sanción disciplinaria. Por el contrario, tiene la obligación de obrar activamente con miras de restablecer los derechos vulnerados o amenazados. El ordenamiento jurídico reconoció en el juez amplias facultades para encauzar la protección adecuada de los derechos amparados, con el fin de ambientar una labor productiva del operador judicial para alcanzar la materialización de los derechos fundamentales. Mal obra el operador judicial cuando restringe su conducta a la ritualidad y mecánica reiterativa sin otorgar protección efectiva, pues el ejercicio de la autoridad judicial en esas condiciones es una afrenta al orden constitucional e irrespeto los valores fundamentales de quien solicita protección. La inoperancia del juez de tutela sobre la materialización de los derechos fundamentales es contraria a los postulados de tutela judicial efectiva y garantía de los derechos fundamentales, ya que dispone de poderes jurídicos suficientes para garantizar su debida protección. La protección prioritaria de los derechos fundamentales es una obligación de nivel constitucional y no hay lugar a impedir su goce efectivo bajo motivaciones de ineficiencia o falta de idoneidad de los instrumentos jurídicos.

REFERENCIAS

Libros consultados:

1. QUINCHE RAMIREZ, Manuel F., *“La Acción De Tutela, El Amparo En Colombia”*. Segunda Edición., Editorial Temis S.A., Colombia-Bogotá D.C, 2015., pag.125.
2. LÓPEZ DAZA, Germán A., *“El incidente de desacato en las sentencias de tutela de los jueces de Bogotá, Medellin, Cali y Neiva (2007-2008)”*. Primera Edición., Editorial Nuevas Visiones del Derecho Grupo de Investigaciones Jurídicas, Universidad Surcolombina., Colombia-Huila, 2009.
3. VIVEROS C. Yezid y otros, *“Derecho Penal General Casuístico”*, primera edición. Bogota D.C, 2011, editorial Edición Doctrina y Ley Ltda.
4. BERNAL C., Jaime y Montealegre, Lynett, *“El Proceso Penal, Estructura y Garantías Procesales”* Tomo II, Sexta edición. Bogotá D.C, 2013, editorial Universidad Externado de Colombia.
5. GOZÁLEZ Ordvás, María José, *“Ineficiencia, Anomia y Fuentes del derecho”*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid., editorial DIKENSON, 2003.
6. ATEHURTÚA H, Federico, *“Gestión y auditoría de la calidad para organizaciones públicas: normas NTCGP 1000:2004, conforme la ley 872 de 2003”*, Editorial Universidad de Antioquia., Medellín, Colombia 2005.
7. BOTERO Marino, Catalina., *“La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional colombiano”* Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, primera edición, Mayo 2006. Bogotá D.C.

8. OTÁLORA Gómez, Jorge Armando, Defensor del Pueblo. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013”, Defensoría del Pueblo, Bogotá D. C., 2014
9. OTÁLORA Gómez, Jorge Armando, Jorge, Defensor del Pueblo. “La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2014”, Defensoría del Pueblo, Bogotá D. C., 2015
10. CARRILLO Flórez, Fernando, Procurador General de la Nación “Informe tutela y acceso a información-2016” Procuraduría General de la Nación, Grupo de Transparencia, Integridad y Cultura de Público. Bogotá., 2016.
11. IHERING, Rudolf Von “El fin en el derecho”, traducción por Diego Abad de Santillán, Granada: Comares, 2000
12. FOUCAULT, Michel., “*Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*”, Editorial Biblioteca Nueva, España, 2012.
13. RUIZ-RICO Ruiz, Gerardo & CARAZO Liébana, María José., “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. Análisis Jurisprudencial”, editor Tirant lo Blanch., Valencia, España., 2013.
14. ORTELLS Ramos, Manuel., “*Las Medidas Cautelares*”, Editorial La Ley Actualidad S.A., 1º edición, 2000., Madrid (España).
15. ROUSSEAU, Jean-Jacques., “*El contrato social*” [1762], Alianza Editorial., Madrid, 2003.
16. HOBBS, Thomas., “*Del ciudadano y Leviátan*” [1651], 6 edición, editor: Tecnos., Madrid, 2007.

17. WEBER, Karl Marx., “Economía y Sociedad”, 1º ed. en español 1944-2º ed. Español [1964]. Editor: Fondo de Cultura Económica. Reimpresión., España, 2002.
18. VEGA Navarro, Cielo Alexandra., “*Acción de cumplimiento: ¿Una respuesta a la inactividad estatal?*” Editorial. Universidad Externado, 1º Edición., Colombia, 2006.
19. HENAO, Juan Carlos “*La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés*”, libro “Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos” Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003., Editor Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Colombia, 2003.
20. BOBBIO, Norberto., “*El tiempo de los Derechos*”, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
21. ALVARADO Velloso, Adolfo; “*Cautelas procesales. Crítica a las medidas precautorias*”, 1º edición, editorial Universidad del Rosario, 2010., Bogotá D.C.
22. FOUCAULT, Michel “*Microfísica del poder*”, 2º edición, editorial Las Ediciones de la Piqueta, 1979., Madrid.
23. FERALI, Carla “*Filosofía del Derecho Contemporánea. Los temas y desafíos*” traducción Santiago Perea Latorre, Universidad Externado de Colombia, 2007.
24. POSNER, Richard “*El Análisis económico del derecho*”, traducción Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, 1998.
25. COASE, Ronald “*Enssay on economics and economists*” University of Chicago Press, Chicago Illinois, USA, 1994
26. COASE, Ronald “*The firm, the market and the law*” University of Chicago Press, Chicago Illinois, USA, 1988.

27. ROSCOE, Pound *“Interpretation of legal history”* (1946), Cambridge University Press, traducción por Jose Puig Brutau, edición Ariel, Barcelona 1950.

28. STIGLER, George J. *“The theory of price”* Macmillan Company. New York 1952.

Artículos académicos Consultados:

29. LONDOÑO Toro, Beatriz y; otros, Eficacia del Incidente de Desacato. Estudio de Caso, Bogotá, Colombia (2007)., Revista de Derecho, Universitas. No.118 Enero-Junio de 2009., pag. 171-172.

30. ALVARADO Velloso, Adolfo *“La Imparcialidad Judicial Y El Debido Proceso (La Función Del Juez En El Proceso Civil)”* Revista *“Ratio Juris”* Vol. 9, N° 18, enero-junio 2014 por.

31. Comité del Sistema de Gestión de Calidad, Consejo Superior de la Judicatura, *“PROCEDIMIENTO PARA EL TRÁMITE DE INCIDENTES DE DESACATO EN LOS JUZGADOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO”*, 24-06-2013. Bogotá.

32. CUETO Estrada, Juan Pablo., *“La Inejecución De La Sanción De Arresto Y Multa Dentro De Un Incidente De Desacato Por El Incumplimiento Al Fallo De Tutela”* Revista Jurídica CUC, pág.173-194. No.8, vol.1, Barranquilla, 2012.

33. SARMIENTO Erazo, Juan Pablo, *“El populismo constitucional en Colombia, hacia la instrumentalización simbólica de la Constitución por medio de proyectos de actos legislativos fallidos”*, Revisa *Estudios Socio-Jurídicos*, 2013, 15, (2), pp. 75-109.

34. VAQUER Caballería, Marcos *“El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”*, Revista de Administración Pública, núm. 186, Madrid, septiembre-diciembre (2011), págs. 91-135.

35. Kelsen; Hans *“Teoría Pura del Derecho”*, Editorial universitaria de Buenos Aires, 4a edición, Buenos Aires, 2009.
36. GARCÍA, Héctor Omar, “Eficacia, Efectividad Y Eficiencia De Las Normas Que Regulan El Ejercicio Del Derecho De Huelga Y Sus Métodos De Composición. Apuntes Críticos”, Rev. D.T. Argentina, Facultad de Derecho, UBA, 2005.
37. PAÚL DIAZ, Álvaro y; SOTO VELASCO, Sebastián *“Legislar con eficiencia: La Importancia de evaluar las leyes”*, Revista Actualidad Jurídica No.19, Tomo II, enero 2009.
38. CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. "Eficiencia y derecho" Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, ISSN 0214-8676, N° 4, 1987, págs. 267-288.
39. GIL Botero, Enrique, Ministro de Justicia y del Derecho *“Plan Decenal del Sistema de Justicia 2017-2027”* Ministerio de Justicia y Derecho de Colombia, Bogotá D.C., 2017.
40. MOKATE, Karen *“Eficacia, Eficiencia, Equidad Y Sostenibilidad: ¿Qué Queremos Decir?”*, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social (INDES) *“Diseño y gerencia de políticas y programas sociales”*. Disponible en línea URL: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/9/37779/gover_2006_03_eficacia_eficiencia.pdf junio, 1999.
41. BIANCA, M. *“El principio de efectividad como fundamento de la norma en el derecho positivo: Un problema de método en la doctrina privatista”*. Revista *Derecho & Sociedad*, (20), 227-232.

42. PAVÓ Acosta, Rolando “Las Investigaciones Sociojurídicas Acerca de la Eficacia y Efectividad del Derecho; Algunas Alternativas Metodológicas” Revista Internacional Consinter De Direito, año II – número II, 1º SEM. Brasil., 2016.
43. GARCÍA Villegas, Mauricio “No sólo de mercado vive la democracia. El fenómeno del (in)cumplimiento del derecho y su relación con el desarrollo, la justicia y la democracia” Revista de Economía Institucional, Universidad Externado, volumen 6, número 10, primer semestre., Bogotá D.C., 2004.
44. SORZA Cepeda, Fabián Antonio., “La Detención Preventiva En Colombia Frente Al Principio De Libertad En Los Derechos Humanos” Revista Análisis Internacional-RAI-, vol. 12, no.6., Julio-diciembre 2015, pág. 39-66.
45. AGUILÓ Regla, J., Sobre “Definiciones y normas”. Revista Doxa Cuadernos de filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676, N° 8, 1990, págs. 273-282.
46. CUETO Estrada, Juan Pablo., “La Inejecución De La Sanción De Arresto Y Multa Dentro De Un Incidente De Desacato Por El Incumplimiento Al Fallo De Tutela”. Revista Jurídicas CUC, vol. 8, No. 1., 2012, pág. 173 – 194.
47. SÁNCHEZ Rojas, Ángela María., “*Eficiencia del Trámite Incidental del Desacato como Mecanismo para Lograr el Cumplimiento de la Orden del Fallo de Tutela*” Revista de Derecho Público, No.30. Facultad de Derecho Universidad de los Andes., Enero- Junio. Bogotá D.C., 2013.
48. ARAÚJO Oñate, Rocío Mercedes “Acceso A La Justicia Y Tutela Judicial Efectiva. Propuesta Para Fortalecer La Justicia Administrativa. Visión De Derecho Comparado”, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13,(1), pp. 247-291.

49. SUÁREZ G, Martha C. & Vallejo R, Carlos E., “*Las medidas cautelares innominadas y el activismo judicial*”, *Revista IUSTA*. No.46., pág.139-158, Enero-Junio, 2017.
50. FÁBREGA, Jorge & ARJONA, Adán Arnulfo. “*Medidas cautelares innominadas.*”, *Revistas ICDP*. No.8., pág. 113-120, Agosto, 1989.
51. JOSSEP, Bob., “*El Estado y el Poder*”, *Revista Internacional De Filosofía Iberoamericana Y Teoría Social. Utopía Y Praxis Latinoamericana*. Vol. 19, No.66., pág.19-35, Julio-Septiembre, 2014.
52. FOUCAULT, Michel., “*El Sujeto y el poder*”, *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 50, No.3., pág. 3-20. Julio - Septiembre, 1988.
53. QUIJANO, Anibal., “*Poder y derechos humanos*”, *Revista Poder, salud mental y derechos humanos*. CECOSAM, Instituto “Pensamiento Y Cultura En América Latina”, pág. 9-25, Lima, 2001.
54. HABERMAS, Jürgen., “*Para la reconstrucción del materialismo histórico*”, *Revista Cuadernos Políticos*. No. 28., pág.4-34, Abril-Junio., México, 1981.
55. CANTIN Cumyn, Madeleine., “*Le pouvoir juridiques*”, *Revue de Droit de McGill*. Vol.52., pág. 215-236, Quebec (Canada), 2007.
56. ROCHER, Guy., “*Droit, droit et domination*”, *Revue Sociologie et Sociétés*. Vol.18, No.1, pág. 33-46, Abril, Quebec, 1986.
57. CUENCA Gómez, Patricia., “*La relación entre el derecho y el poder en la teoría pura del derecho de H. Kelsen*”, *Revista telemática de filosofía del derecho*. No.13, pág.273-196, Diciembre, Madrid, 2010.

58. BENENTE, Mauro., “*Poder disciplinario y derecho en Michel Foucault. Notas críticas*”, *Revista estudios socio-jurídicos*. No.16, Vol.2., pág.213-242, Julio, Buenos Aires, 2013.
59. VÁSQUEZ Rocca, Adolfo; “‘Los anormales’, una genealogía de lo monstruoso. Apuntes para una historiografía de la locura”, Vol.34, no.2., Madrid, 2012.
60. ROTRA, Mario “*El poder discrecional de los jueces*”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. No.41, pág.115-135, Enero-Junio, Bogotá D.C, 2015.
61. LIFANTE Vidal, Isabel “*Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*” *Revista Doxa*. No.25, pág.413-439., Alicante, 2002.
62. AGUILO Regla, Josep., “*De nuevo sobre la <Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica>*” *Revista de teoría y filosofía del derecho*. No. 6, pág. 47-55, Abril, 1997.
63. ULATE Chacón, Enrique., “*Derecho A La Tutela Judicial Efectiva: Medidas Cautelares En El Ámbito Constitucional, Comunitario E Internacional*”, *Revista de Ciencias Jurídicas*. No.114., pág.137-174, Septiembre-Diciembre, 2007.
64. CHINCHILLA Marín, Carmen., “*El Derecho A La Tutela Cautelar Como Garantía De La Efectividad De Las Resoluciones Judiciales*”, *Revista de Administración Pública*. No.131., pág.167-189, Mayo-Agosto, 1993.
65. ARJONA Trujillo, Ana María “*Análisis Económico del Derecho*”, *Revista jurídica Precedente* pag.117-150, Diciembre, 2002.
66. DUARTE, Tito & Jiménez, Ramón Elías “*Aproximación a la teoría del bienestar*” *Revista Scientia et Technica* año XII, pág. 305-310, No.37, Diciembre., 2007.

67. CALABRESI, Guido & Melamed, A. Douglas “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, Harvard Law Review, pp. 1.089-1.128, Vol. 85, N° 6., 1972.
68. ROBBINS, Lionel. *"The nature and significance of economic science"* *International Journal of Ethics* No.44, vol. 3, pág. 358-361., 1934.
69. ALEXY, R. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11, pág. 3-14, enero-junio 2009.

Jurisprudencia consultada:

1. Corte Constitucional, Sala Octava de revisión., Sent.T-171, del 18 de Marzo de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
2. Corte Constitucional, Sala Plena., Sent. SU-1158, del 4 Septiembre de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.
3. Corte Constitucional, Sala Sexta de revisión., Sent.T-744, del 28 de Agosto de 2013. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.
4. Consejo Superior de la Judicatura, Sent. Expediente (1262-05), del 12 de Junio de 2009. MP. Julia Emma Garzón de Gómez.
5. Corte Constitucional, Sala Novena de revisión., Sent.T-226, del 2 de Mayo de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
6. Corte Constitucional, Sala Quinta de revisión., Sent.T-652, del 30 de Agosto de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

7. Corte Constitucional, Sala Segunda de revisión., Sent.T-188, del 14 de Marzo de 2002.
MP. Alfredo Beltrán Sierra.
8. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión., Sent.T-512, del 30 de Junio de 2011. MP.
Jorge Ivan Palacio Palacio.
9. Tribunal Administrativo de Cauca, Consulta Incidente de Desacato Exp
19001333100720100010001, del 13 de Agosto de 2012. MP. Naun Mirawal Muñoz
Muñoz.
10. Corte Constitucional, Sent.T-171., op cit.
11. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión., Sent.T-1090, del 12 de Diciembre de
2012. MP. Jorge Ivan Palacio Palacio.
12. Corte Costitucional, Sala Sexta de Revisión., Sent. T-271, del 12 de Mayo de 2015. MP.
Jorge Iván Palacio palacio
13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil., Sent. Consulta Exp.2016-00110-01,
del 10 de Noviembre de 2016. MP. Luis Alonso Rico Puerta.
14. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sent T-068, del 11 de Noviembre de
1997. MP. Fabio Moron Diaz.
15. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sent. Exp. 2016-00870-02,
del 23 de Mayo de 2017. MP. Margarita Cabello Blanco.
16. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión., Sent.T-254, del 23 de Abril de 2014.
MP. Luis Ernesto Vargas Silva.
17. Tribunal Administrativo del Cauca., Sent. Consulta Exp. 2010-00100-01, del 13 de
Agosto de 2012. MP. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.

18. Consejo De Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Primera., Sent. Exp. 2015-00411-01, del 22 de Septiembre de 2016., MP. Maria Elizabeth García González.
19. Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Segunda Subseccion D., Sent. Exp. 2003-01278, del 23 de Abril de 2009. MP. José Román Aguilera.
20. Tribunal Administrativo del Cauca., Sent. Consulta Exp. 2010-00100-01., Op cit.
21. Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Primera., Sent. Consulta Exp. 2015-00540-03, del 25 de Agosto de 2016. MP. María Elizabeth García González.
22. Consejo de estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Quinta., Sent. Consulta Exp.1999-02560-01, del 4 de Diciembre de 2014. MP. Alberto Yepes Barreiro.
23. Consejo De Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Quinta., Auto N° 2015-00759-02, del 11 de Agosto de 2016. MP. Carlos Enrique Moreno Rubio.
24. Corte Constitucional., Sent.C-367, del 11 de Junio de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.
25. Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión., Sent.T-399, del 3 de Julio de 2003. MP. Orge Ignacio Pretelt Chaljub.
26. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión., Sent.T-482, del 25 de Julio de 2013. MP. Alberto Rojas Río.
27. Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal., Sent. No. T 89390, del 1 de Diciembre de 2016. MP. José Luis Barceló Camacho.
28. Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión., Sent.T-459, del 5 de Junio de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño.
29. Corte Constitucional, Sent. C-092, del 26 de Febrero de 1997. MP. Carlos Gaviria Díaz.

30. Corte Constitucional, Sent. C-243, del 30 de Mayo de 1996. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.
31. Corte Constitucional, Sent. C-218, del 16 de Noviembre de 1996. MP. Fabio Moron Diaz.
32. Corte Constitucional, Sent. C-092., Op cit.
33. Corte Constitucional, Sent. T-097, del 7 de Marzo de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
34. Consejo De Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Quinta, auto n° 13001-23-33-000-2015-00759-02, del 11 de agosto de 2016., Mp. Carlos Enrique Moreno Rubio.
35. Corte Constitucional, sent. C-033, del 29 de Enero de 2014, Mp. Nilson Pinilla Pinilla.
36. Consejo De Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Quinta., Sentencia N° 08001-23-33-000-2016-00021-02, del 17 de Noviembre de 2016. Mp. Carlos Enrique Moreno Rubio.
37. Consejo De Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa , Sección Quinta Sentencia N° 05001-23-33-000-2016-00568-01, del 16 de Agosto de 2016., Mp. Carlos Enrique Moreno Rubio.
38. Corte Constitucional, Sent. T-413 Del 28 de Junio de 2017. Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado.
39. Corte Constitucional, Sent. C- 822 del 10 de Agosto de 2005., Mp. Manuel José Cepeda Espinosa.

40. Consejo De Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Quinta Sentencia N° 25000-23-41-000-2016-01063-01, 16 de Agosto de 2016., MP. MP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
41. Corte Constitucional, sent. C-471, Del 14 de Junio de 2006, Mp. Alvaro Tafur Galvis.
42. Corte Constitucional, Sent. C-826, Del 13 de Noviembre de 2013; Mp. Luis Ernesto Vargas García.
43. Corte Constitucional, Sent. C-244, Del 30 de Mayo de 1996., Mp. Carlos Gaviria Díaz.
44. Corte Constitucional, auto. 136A, Del 20 de Agosto de 2002., ref: expediente I.C.C.-459 Mp. Eduardo Montealegre Lynett.
45. Corte constitucional, Sent. T-059, del 12 de Febrero de 2015., Mp. Luis Guillermo Guerrero Pérez
46. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sent. Exp. T 0500122030002017-00317-01, del 29 de Junio de 2017., Mp. Luis Alonso Rico Puerta.
47. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, auto. Exp. N° T 1100122030002016-02414-01 del 5 de Julio de 2017., Mp. Margarita Cabello Blanco.
48. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sent. Exp.05001-23-26-000-1992-00117-01(18394), Cp. Ruth Stella Correa Palacio.
49. Corte constitucional, Sent. T-086, del 06 de Febrero de 2003., Mp. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

50. Tribunal Administrativo de Cundinamarca., Sent. Consulta Exp. 2014-00340-01, del 11 de Junio de 2015. MP. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.
51. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sent. Exp. 76001-23-33-000-2015-01609-01, Cp.Hernando Sánchez.
52. Corte constitucional, Sent. T-458, del 05 de Junio de 2003., Mp. Marco Gerardo Monroy Cabra.
53. Corte constitucional, Sent. T-368, del 08 de Abril de 2005., Mp. Dra. Clara Inés Vargas Hernández
54. Corte Suprema de Justicia, Sala de Decisión de Tutelas., Sent. Consulta Exp.88814, providencia del 27 de Octubre de 2016. MP. Fernando Alberto Castro Caballero.
55. Juzgado 8 Administrativo de Oralidad del circuito de Bogotá D.C, sent. exp. Sin asignación de número., Habeas Corpus. Proferida el día 23 de Julio de 2017. MP. Sandra Milena Tibaduiza Pulido.
56. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. Consulta Desacato Exp. N° T 49502 del 12 de Diciembre de 2017., Mp. Gerardo Botero Zuluaga.
57. Corte Constitucional, sent. C-364, Del 14 de Noviembre de 1996, Mp. Carlos Gaviria Diaz.
58. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, auto No.106, Expediente T-1374305, 2012. Mp. Jorge Ivan Palacio Palacio
59. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera, acción No. 2016-023., sent. 16 de septiembre de 2016. Mp. Juan Carlos Garzón Martínez.
60. Corte Constitucional, sent. T-1234, Del 10 de Diciembre de 2008, Mp. Augusto Moreno Barriga.

61. Corte Constitucional, sent. T-942, del 24 de Julio del 2000, Mp. Alejandro Martinez Caballero.
62. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, sent., rad. 110011102000200601357, del 7 de Junio de 2006. Mp. Jorge Alonso Flechas Díaz.
63. Corte Constitucional, sent. T-766, del 9 de Diciembre de 1998, Mp. José Gregorio Hernández Galindo.
64. Corte Constitucional, sent. T-1113, del 28 de Octubre de 2005, Mp. Jaime Córdoba Triviño.
65. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, sent. T-963, del 15 de Septiembre de 2005. MP. Álvaro Tafur Galvis.
66. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, sent. T-068, del 22 de Febrero de 1995. MP. Hernando Herrera Vergara.
67. Corte Constitucional, Sala Plena, sent. T-1716, del 12 de Diciembre de 2000. MP. Carlos Gaviria Díaz.